



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

PETER FISCHER

GEMEINNÜTZIGE DASEINSVORSORGE UND WETTBEWERBSORDNUNG

Eine Untersuchung am Beispiel der Sportförderung



WLSB

Württembergischer
Landessportbund e.V.



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Peter Fischer

Gemeinnützige Daseinsvorsorge und Wettbewerbsordnung

Eine Untersuchung am Beispiel der Sportförderung

Herausgeber:

Württembergischer Landessportbund e.V.

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Autor:

Professor Dr. Peter Fischer, Rechtsanwalt/Vors. Richter am BFH a. D.

Herausgeber:

Württembergischer Landessportbund e.V., Fritz-Walter-Weg 19, 70372 Stuttgart

1. Auflage 2016

Herstellung und Auslieferung:

trdition GmbH, Mittelweg 177, 20148 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-085-6

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

DIE BUCERIUS
LAW SCHOOL IST EINE
GRÜNDUNG DER



Vorwort des Autors

Lange Zeit war Europa wegen der Dominanz des Unionszieles eines freien und unverfälschten Wettbewerbs nicht als völkerrechtlicher Zusammenschluss von Sozialstaaten wahrgenommen worden, sondern vorrangig als ein herzustellender Markt. Indes ist „der Markt“ kein Garant für die Sicherung des Gemeinwohls und des sozialen Zusammenhalts. Es gab und gibt allenthalben Marktversagen, dem der Staat durch Daseinsvorsorge entgegenwirkt. Die Mitgliedstaaten der EU haben in Wahrnehmung dieser Verantwortung für die Daseinsvorsorge traditionelle Förderkonzepte entwickelt, so z.B. das Gemeinnützigkeitsrecht, das u.a. die Sozialdienstleistungen sog. Zweckbetriebe gemeinnütziger Träger privilegiert. An das Gemeinnützigkeitsrecht knüpfen die Förderbedingungen der institutionellen staatlichen Sportförderung an. Hieraus resultieren Konflikte mit nicht privilegierten Wettbewerbern, mit dem sich auch das europäische Beihilferecht befasst.

Mangels einer beihilferechtlichen Bereichsausnahme steht das Konzept der Erbringung von Sozialdienstleistungen im Zweckbetrieb (§§ 65 ff. AO) „im europäischen Zugwind“ (W. Rainer Walz). Indes kündigt sich eine Herstellung praktischer Konkordanz zwischen widerstreitenden Grundsätzen an. Das EU-Primärrecht und z.B. die Europäische Sozialcharta nehmen die „Dienste von allgemeinem Interesse“ in den Blick, um, so das Protokoll Nr. 26 zum AEUV, „ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“ zu gewährleisten. Beschlüsse des Europäischen Parlaments und die neuere Entscheidungspraxis der EU-Kommission würdigen die „besonderen Merkmale des Sports“ und „dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion“ (Art. 165 AEUV). Hier konstituiert sich eine europäische Identität, welche den gemeinnützigen Dritten Sektor als Emanation der Bürgergesellschaft und der Idee des Ehrenamtes sowie als Ausdruck der im

Subsidiaritätsprinzip angelegten vertikalen Aufgabenteilung zwischen Staat und Zivilgesellschaft einbezieht. Die Urteile des EuG v. 12.05.2016 und v. 09.06.2016 zur Sportförderung in Tschechien und zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins weisen in diese Richtung ebenso wie die Entscheidung der EU-Kommission zum Deutschen Jugendherbergswerk (C(2015) 7225 final).

Die vorliegende Arbeit skizziert diese Entwicklung unter steuer-, verfassungs- und europarechtlichen Aspekten. Sie kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass das Zivilrecht Vereinigungen, die zweckbetriebliche Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, zwecks Entstehenssicherung der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) das Rechtskleid des e.V. zur Verfügung stellen muss.

Dieses Buch ist entstanden aus einem Gutachten für den Württembergischen Landessportbund e.V. (WLSB). Dessen Hauptgeschäftsführer Herrn Heinz Mörbe und dessen Geschäftsbereichsleiter für Sport und Gesellschaft Herrn Stefan Anderer danke ich für die vielen konstruktiven Gespräche.

Herzlicher Dank gebührt Frau Prof. Dr. Birgit Weitemeyer, Bucerius Law School, Hamburg, für die Aufnahme in das Verlagsprogramm und für die Betreuung der Veröffentlichung.

Düsseldorf, im Oktober 2016

Prof. Dr. Peter Fischer

Geleitwort des Herausgebers

Mit Moderne Tradition bewahren

Die Bedürfnisse und Wünsche der Bevölkerung an einen modernen Sportverein sind einem ständigen Wandel unterworfen. Weil in der heutigen Arbeitswelt mehr Flexibilität gefordert wird, überträgt sich dies auch auf die privaten Gewohnheiten. Statt starrer Übungszeiten wünschen sich die Mitglieder die Möglichkeit, sich dann bewegen zu können, wann es in ihren Zeitplan passt. Dies führt zu einem individuelleren Angebot.

Trotzdem fühlen sich die Sportvereine nach wie vor auch gesellschaftlichen und sozialen Aufgaben verpflichtet. Dies beginnt beim Mutter-und-Kind-Turnen und endet bei Bewegungsangeboten für Senioren. Unaufgefordert haben sich die Vereine nicht erst in den vergangenen Monaten intensiv um die Integration von Flüchtlingen gekümmert.

Damit keine Gesellschaftsgruppe ausgeschlossen wird, müssen die Beiträge auf einem sozialverträglichen Niveau bleiben. Deshalb werden die Sportvereine als gemeinnützig eingestuft, bekommen steuerliche Privilegien eingeräumt und werden über den Württembergischen Landessportbund (WLSB) mit Landesmitteln gefördert, häufig auch über Bürgschaften von den Gemeinden.

Der WLSB sieht u.a. eine seiner großen Aufgaben in der Beratung und Unterstützung seiner etwa 5.700 Vereine im Bereich der Sportentwicklung, denn „Starke Vereine gestalten Zukunft“!

In diesem Prozess wurde das sogenannte Sportvereinszentrum entwickelt. Damit schaffen Vereine einen Vereinsmittelpunkt und Treffpunkt für alle Vereinsmitglieder - von jung bis alt. Neben Sporträumen ist dort zumeist die Geschäftsstelle mit integriert. So ein Sportvereinszentrum ersetzt jedoch nicht die traditionellen Strukturen und Angebote eines Vereins, sondern ergänzt diese zeitgemäß.

Da Sportvereinszentren zumeist mit einem gerätegestützten Trainingsbereich ausgestattet werden, sehen kommerzielle Studiobetreiber diese oft als Konkurrenz an und beklagen eine Wettbewerbsverzerrung. In Schreiben an Bürgermeister und Gemeinderäte von Kommunen, in denen Vereine ein Sportvereinszentrum planen, betreiben sie massiv Lobbyarbeit, gegen Sportvereine klagten sie auf Aberkennung der Gemeinnützigkeit.

Zwar wurden bislang all diese Klagen von den Gerichten abgewiesen, trotzdem bleibt eine Rechtsunsicherheit. Mit diesem Kompendium wird Transparenz und Handlungssicherheit geschaffen. Erstmals werden steuer-, vereins-, gemeinnützigkeits- wie auch europarechtliche Perspektiven zusammengefasst. Dafür gebührt Professor Dr. Peter Fischer ein großes Dankeschön. Ebenso bedanken möchte ich mich bei den Partnern ADAC, Deutscher Alpenverein sowie dem Bündnis für Gemeinnützigkeit.

Eines möchte ich besonders hervorheben: Im Gegensatz zu Wirtschaftsunternehmen bleiben die Erträge eines Sportvereins im Verein. Die Einnahmen kommen den Mitgliedern des Vereins zu Gute. Damit erfüllen Sportvereine ihre traditionellen Aufgaben ohne sich der Moderne zu verschließen.

Klaus Tappeser

Präsident

Württembergischer Landessportbund

Geleitworte der Partner

Geleitwort des Deutschen Olympischen Sportbundes

Sportvereine brauchen gesicherte rechtliche Rahmenbedingungen, um ihre Aufgaben erfüllen und so ihren Beitrag zum Gemeinwohl in unserer Gesellschaft leisten zu können. In Deutschland bieten das Vereins- und Steuerrecht diesen Rahmen, die als gemeinnützig anerkannten Vereinen strenge Regeln auferlegen, wie sie agieren dürfen, und deren Einhaltung kontinuierlich überprüft wird. Im Gegenzug privilegiert der Gesetzgeber Vereine u.a. im Steuer- oder im Beihilferecht. Dieser gesellschaftliche Konsens wird vor Gerichten zunehmend durch Wirtschaftsunternehmen in Frage gestellt, die in Vereinen Wettbewerber zu erkennen glauben. Dabei zeigt etwa das aktuelle Engagement von Sportvereinen in der Flüchtlingshilfe eindrucksvoll, dass ihr Aufgabenspektrum gerade keiner wirtschaftlichen Logik folgt, sondern im Wesentlichen von gesellschaftlichen Herausforderungen und demokratischer Willensbildung im Verein geprägt ist und weit über eine reine Sportversorgung der Bevölkerung hinausgeht.

Es ist das Verdienst von Prof. Dr. Peter Fischer, der in dem vorliegenden Kompendium diesen gesellschaftlichen Konsens unter unterschiedlichen juristischen Blickwinkeln sorgfältig analysiert, gründlich aufarbeitet und auf europäischer Ebene differenziert darstellt. Ihm gilt unser Dank daher ebenso wie dem Württembergischen Landessportbund mit Heinz Mörbe und Stefan Anderer, die diese Expertise initiiert und in ihrem Entstehen begleitet haben. Ebenso danken wir den Partnern ADAC, Deutscher Alpenverein und dem Bündnis für Gemeinnützigkeit für ihre Unterstützung.

Wir hoffen, dass das Kompendium ein unverzichtbarer Begleiter für Verantwortliche von der kommunalen bis auf die europäische Ebene sein wird, und seine zivilgesellschaftlichen und rechtlichen Argumente Eingang

in Diskussionen, Rechtsprechung und Gesetzesinitiativen findet. So kann es einen Beitrag dazu leisten, Sportdeutschland und seine lebendige Vereins- und Ehrenamtskultur zu erhalten und zu stärken.

Alfons Hörmann

Präsident

Deutscher Olympischer Sportbund

Geleitwort des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs

Der ADAC e.V. ist mit derzeit 19,2 Millionen Mitgliedern der größte Automobilclub in Europa. Als sogenannter Idealverein darf der Club in gewissem Umfang unternehmerisch tätig sein. Seine wirtschaftlich wichtigsten Aktivitäten hat der ADAC hingegen schon vor Jahrzehnten in eine Beteiligungs- und Wirtschaftsdienst GmbH ausgegliedert.

Gemeinnützig sind als Tochtergesellschaft die ADAC Luftrettung GmbH sowie mehrere Stiftungen, die sich beispielsweise um Unfallprävention, um in Not geratene Unfallopfer oder Talentförderung und die Sicherheit im Motorsport kümmern.

Der ADAC ist föderal aufgebaut und gliedert sich in 18 Regionalclubs. Diese sind rechtlich eigenständig. Auf lokaler Ebene sind knapp 1.800 Ortsclubs tätig, deren Mitglieder die zahlreichen Vereinsaktivitäten wie etwa Motorsportveranstaltungen unterstützen.

Die ADAC-Motorsportler sind die weitaus stärkste Gruppe des gemeinnützigen Dachverbandes, dem Deutschen Motorsport Bunds (DMSB) und damit in der deutschen Sportfamilie, dem DOSB, vertreten. Eine Wirtschaftsdienst GmbH bildet auch dort eine zusätzliche Einheit.

Die Strukturen sind also ersichtlich. Es gibt heute schon neben den Vereinen GmbHs und Aktiengesellschaften. Nur so kann mit ehrenamtlichem Engagement all den Aufgaben nachgegangen werden. Es wird von kompetentem Hauptamt unterstützt. ADAC und DMSB machen sich fortlaufend Gedanken, welche Organisationsform was bewirken kann und soll. Dabei hat der ADAC aktuell seine „Reform für Vertrauen“, das Reformprogramm zur Neuausrichtung des Clubs entwickelt. Sie soll im Lauf des Jahres 2016 umgesetzt werden. Im Mittelpunkt steht die Umwandlung in eine sogenannte Drei-Säulen-Struktur aus Idealverein, nicht-börsennotierter europäischer Aktiengesellschaft und gemeinnütziger Stiftung. Damit hat er eine rechtssichere Basis für die Zukunft des Vereins und damit auch des Ehrenamts geschaffen.

Das jetzt vorliegende Kompendium von Professor Fischer ist weit über den sportlichen Bereich hinaus von erheblicher Bedeutung. Das Zusammenspiel von Ehren- und Hauptamt, von ideellem Verein und wirtschaftlicher Betätigung, von Selbstversorgung und staatlicher Unterstützung, von Profitum und Amateurwesen ist für eine funktionierende Gesellschaft von überragender Bedeutung.

Auch nachdem Regelungen und die Rechtsprechung immer detaillierter werden, die meist nur noch von absoluten Fachleuten vollständig zu durchschauen sind, kommt diese umfangreiche Ausarbeitung genau zum richtigen Zeitpunkt. So ist der ADAC an einer fundierten Aufarbeitung der Gesamthematik sehr interessiert. Dies ist Professor Fischer mit dem Kompendium in überzeugender Weise gelungen und wird in der weiteren Diskussion von großem Nutzen sein.

Dr. August Markl
Präsident
Allgemeiner Deutscher Automobil-Club

Geleitwort des Deutschen Alpenvereins

Der Deutsche Alpenverein (DAV) als weltweit größte Bergsportorganisation sowie mitgliederstarker nationaler Sport- und Naturschutzverband zählt u.a. Klettern zu seinen wichtigsten Sportarten. Mehr als eine halbe Million aktive Kletterer sind sowohl an Felsen in der Natur als auch an künstlichen Anlagen aktiv. Die weit verbreiteten künstlichen Kletteranlagen sind dabei infrastrukturell besonders aufwendig, weil diese Sportstätten (Hallen mit Kletterwänden) einer individuellen Nutzung unterliegen, spezieller Sicherungsmaßnahmen und technischer Ausrüstung bedürfen sowie ausgebildete Übungsleiter und geschulte Aktive voraussetzen.

Der Klettersport hat in den vergangenen 15 bis 20 Jahren eine beachtliche Entwicklung vollzogen. Insbesondere die Weiterentwicklung der Kletterinfrastruktur ist für den Boom in Deutschland mitverantwortlich. Kletterhallen sind moderne Sportstätten, die den Bergsport in die Städte

bringen. Für die Sektionen und Mitglieder haben sie noch eine weitere Bedeutung: Sie sind Mitgliedertreffpunkte, oftmals Heimat der Vereinsarbeit, Begegnungsräume für Menschen unterschiedlicher Altersklassen, mit Migrationshintergrund oder mit Behinderungen. Sie sind zudem Orte der Kinder-, Jugend- und Familienarbeit sowie wichtige Zentren der Breiten- und Leistungssportausübung.

Der hohe Investitionsbedarf für die Klettersportstätten einerseits und ihre Unterhaltungskosten zur Gewährleistung von Betrieb und Sicherheit andererseits machen aber gleichzeitig eine wirtschaftliche Betriebsführung der Kletterhallen erforderlich – ohne dass damit eine Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist. Gerade das Ehrenamt spielt in diesem Kontext eine zentrale Rolle. Ohne das vielfältige Engagement zahlreicher Ehrenamtlicher wären der Hallenbetrieb und das Kletterangebot nicht realisierbar.

Anhaltende Diskussionen und rechtliche Auseinandersetzungen um diesen auch für kommerzielle Anbieter lukrativen, aber dennoch klassischen Vereinssport haben zu Unsicherheiten geführt, deren Klärung im Sinne der gemeinnützigen Vereine unbedingt erforderlich ist. Genau aus diesem Grund ist das Rechtskompendium für den DAV besonders wichtig. Die gewonnenen Erkenntnisse verschaffen dem Verband, den DAV-Sektionen und allen Kletterhallenbetreibern eine größere Handlungssicherheit. Wir begrüßen daher, dass mit diesem Werk eine fundierte rechtliche Ausarbeitung vorliegt, die eine sichere Grundlage zur Förderung des Klettersports bietet, um der großen Mitgliedernachfrage auch künftig gerecht zu werden.

Josef Klenner
Präsident
Deutscher Alpenverein

Geleitwort des Bündnisses für Gemeinnützigkeit

Das Bündnis für Gemeinnützigkeit ist der Zusammenschluss maßgeblicher Dachorganisationen des Dritten Sektors. Zum Trägerkreis des Bündnisses gehören die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, die Bundesarbeitsgemeinschaft der Senioren-Organisationen, der Bundesverband Deutscher Stiftungen, der Deutsche Bundesjugendring, der Deutsche Kulturrat, der Deutsche Naturschutzring, der Deutsche Spendenrat, der Deutsche Olympische Sportbund, der Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft und VENRO – Verband Entwicklungspolitik und Humanitäre Hilfe deutscher Nichtregierungsorganisationen. Zudem beruft der Trägerkreis einen Beirat von Einzelpersonen und Organisationen, die ihn beratend begleiten.

Das Bündnis für Gemeinnützigkeit versteht sich als Netzwerk zur Vertretung gemeinsamer Interessen des Sektors im Hinblick auf die Ausgestaltung des bürgerschaftlichen Engagements in Deutschland. Für solches Bürgerengagement wird ein „ermöglichender“, „aktivierender“ Staat benötigt, der durch förderliche Rahmenbedingungen die Übernahme von Verantwortung für das Gemeinwohl durch gesellschaftliche Akteure stärkt. Vor diesem Hintergrund hat sich das Bündnis für Gemeinnützigkeit auch die Verbesserung der Rahmenbedingungen für bürgerschaftliches Engagement zum Ziel gesetzt. In diesem Sinne erachten wir das Rechtskompendium als wertvollen Beitrag, um das Engagement im gemeinnützigen Sektor auch für die Zukunft zu sichern.

Der Sprecherrat

Dr. Gerhard Timm

Daniel Grein

Janna Rosenboom

Bundesarbeitsgemeinschaft
Deutscher
der Freien
Wohlfahrtspflege

VENRO – Verband
Bundesjugendring
Entwicklungspolitik und
Humanitäre Hilfe deutscher

Nichtregierungsorganisatione

Inhalt

Vorwort des Autors

Geleitwort des Herausgebers

Geleitworte der Partner

A. Einleitung

- I. Einführung in das Problem
 1. Sport und Gesellschaft
 2. Sport und Ökonomie
 3. Unternehmerische Wertschöpfung und Wettbewerbsordnung
 4. Marktteilnahme des Dritten Sektors und staatliche Förderung
 5. Ehrenamt und steuerliche Gemeinnützigkeit
 6. Präzisierung der rechtlichen Maßstäbe einer europäischen Wettbewerbsordnung
 7. Sportdienstleistungen und Daseinsvorsorge
 8. Vom Marktliberalismus zu einem europäischen Sozialmodell
 9. Das Ehrenamt und die Ziele der EU
 10. „Hard cases make bad law“ – zum vereinsrechtlichen Status des ADAC
- II. Ein Querschnittsproblem des gesamten Dritten Sektors
- III. Der zivilgesellschaftliche Zusammenschluss auf der Suche nach einem zivilrechtlichen Rechtskleid
- IV. Gang der Untersuchung

B. Ausgangsfälle

- I. Die Aktualität des Problems
- II. Ein Seitenblick auf die Wohlfahrtspflege: Die Entscheidung der EU-Kommission zur gGmbH „AWO SANO“
- III. Das Problem des Wettbewerbs – Beschluss der Kommission v. 05.12.2012 zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins e.V

C. Wirtschaftliche Tätigkeiten des gemeinnützigen Rechtsträgers

- I. Grundlegendes zur gemeinnützigen Körperschaft

1. Die vier Sphären der ideellen Körperschaft
2. Steuerfreiheit von Mitgliedsbeiträgen nach § 8 Abs. 5 KStG
- II. Der gemeinnützige Verein als Unternehmer – innerer und äußerer Markt
 1. Der umsatzsteuerrechtliche Leistungsaustausch
 2. Sportförderung im harmonisierten Mehrwertsteuerrecht
 3. Rechtsprechung und Verwaltungsauffassung zur Überlassung von Sportanlagen
 4. Stellungnahmen von Industrie- und Handelskammern
 5. Urteil des BFH v. 20.03.2014 zum Zweckbetrieb eines Radsportclubs

D. Der Rechtsrahmen der Sportförderung

- I. Sportförderung zwischen Gemeinnutz und Eigennutz
 1. Zur Generalkritik am gesellschaftlichen Wert des Sports
 2. Zum Widerstreit von Gemeinwohl und Individualnutzen
 3. Vom bisweilen verpönten Freizeitwert des Sports
 4. Sportförderung und Kulturförderung
 5. Die gebotene Abwägung
 6. Subjektförderung statt Objektförderung?
- II. Sportförderung im rechtlich verfassten Sportstaat
 1. Grundsätze
 2. Sportförderung durch den Bund
 3. Sportförderung durch die Länder
 4. Sportförderung durch die Kommunen
 5. Zur Rechtsgrundlage: Sportförderung nur aufgrund von Sportfördergesetzen?
- III. Sport in der EU – Art. 165 AEUV
- IV. Der Europarat und der Sport
- V. Die tragenden Prinzipien der Sportförderung
 1. Übersicht
 2. Autonomie des Sports
 3. Partnerschaft zwischen öffentlicher Hand und autonomem Sport
 4. Subsidiarität – Vorrang der Eigenfinanzierung vor der öffentlichen Förderung
 5. Voraussetzung für die Partnerschaft: die Anerkennung als gemeinnützig
- VI. Exkurs: Die Diskussion um die angemessene Eigenfinanzierung des Sports

E. Grundfragen der Gemeinnützigkeit

- I. Felder der gemeinnützigkeitsrechtlichen Förderung
- II. Die ordnungspolitische Größe „Gemeinnützigkeit“
- III. Der Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit
- IV. Zivilgesellschaft / Bürgergesellschaft, Gemeinnützigkeit und Ehrenamt
 - 1. Grundlegung
 - 2. Der Verein als Basis des autonomen Sports
 - 3. Zur Bedeutung des Ehrenamts im gemeinnützigen Sektor
 - 4. Gedankliche Querverbindung zwischen Gemeinnützigkeit und économie sociale

F. Der Zweckbetrieb (§§ 65 ff. AO) – ein privilegierter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

- I. § 65 AO – die Grundnorm
- II. Verfassungsrechtliche Aspekte der Gewährleistung des freien Wettbewerbs (Art. 3 Abs. 1, Art. 12 GG)
- III. Die Grundidee des Zweckbetriebs
- IV. Aktualisierung des Rechtsbegriffs „Zweckbetrieb“
- V. Plurale Erscheinungsformen des Zweckbetriebs
- VI. Der anerkannte Dualismus von Non-Profit-Organisationen und gewerblichen Anbietern
- VII. Eine Parallele: Begünstigung der gemeinnützigen Wohlfahrtspflege
 - 1. Das 12. Hauptgutachten der Monopolkommission (1996/1997) – Krankenhäuser
 - 2. Das 20. Hauptgutachten 2012/2013 der Monopolkommission – Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe
- VIII. Rechtfertigung einer Privilegierung – der Dritte Sektor hat eine Bringschuld
- IX. Folgerungen für den Sport

G. Staatliche Beihilfen i.S. von Art. 107 f. AEUV

- I. Vorbemerkungen
- II. Der Tatbestand der Beihilfe
 - 1. Allgemeines
 - 2. Beihilfe an Unternehmen
 - 3. Begünstigung mit staatlichen Mitteln
 - 4. „Selektive“ Begünstigung / Vorteil
 - 5. Drohende Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels

zwischen den EU-Mitgliedstaaten – lokale Tätigkeiten

III. Wann liegt eine Altbeihilfe vor?

IV. Ausschluss des Tatbestands der Beihilfe bei Leistungen der Daseinsvorsorge („Altmark-Trans“-Grundsätze)

1. Das EuGH-Urteil in der Rs. Altmark-Trans
2. Vom Monti-Kroes- zum Almunia-Paket
3. Kritik am Almunia-Paket: Mangelnde Kompatibilität mit dem Gemeinnützigkeitsrecht
4. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)
5. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI)
6. „Anerkannte Ziele von politischem Interesse“

V. Entscheidungspraxis der EU- / EFTA-Behörden zur Förderung des Sports (chronologisch)

1. Vorbemerkungen
2. EU-Kommission v. 25.04.2001 zur staatlichen Förderung für Profisportvereine in Frankreich
3. EU-Kommission v. 06.04.2005 Basketball Omniworld Almere
4. EU-Kommission v. 21.10.2008 Investition der Stadt Rotterdam in den Ahoy complex
5. Förderung eines Fitnesscenters in Norwegen – Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde v. 01.06.2011
6. EU-Kommission v. 17.06.2011 – Skilifte am Parnass
7. Entscheidung der EU-Kommission v. 09.11.2011 zur Sportförderung in Ungarn
8. Die Entscheidung der Kommission zu den Kletterhallen des DAV Berlin
 - a. Vorbemerkung
 - b. Die DAV-Gruppe als Unternehmen – Anwendung des Art. 107 Abs. 1 AEUV
 - c. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt (Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV)
 - d. Anfechtung der Kommissionsentscheidung vor dem EuG
9. Keine unternehmerische Betätigung auf dem „inneren Markt“
10. Entscheidung der EU-Kommission v. 19.12.2012 zur Befreiung von der kommunalen Immobiliensteuer (ICI / IMU) und der Einkommensteuer (TUIR) in Italien
 - a. Imposta comunale sugli immobili – ICI
 - b. Testo Unico delle Imposte sui Redditi - „TUIR“
 - c. Die Imposta Municipale Propria („IMU“)

11. Entscheidung der EU-Kommission v. 20.03.2013 – Multifunktionsarena der Stadt Jena
12. Entscheidung der EU-Kommission v. 20.03.2013 – Multifunktionsarena der Stadt Erfurt
13. Entscheidungen der EU-Kommission v. 02.05.2013 und v. 15.05.2013 Multifunktionsarena Kopenhagen und Upsala
14. Beschluss der EU Kommission v. 02.10.2013 - Fußballstadion Chemnitz
 - a. Sachverhalt
 - b. Die Entscheidung der Kommission
15. EU-Kommission v. 19.06.2013 – Veranstalter von Pferderennen
16. EU-Kommission v. 20.11.2013 - Fußballstadien in Flandern
17. EU-Kommission v. 13.12.2013 – Eisstadion Thialf in Heerenveen
18. EU-Kommission v. 19.12.2013 – Skilifte in der Toskana
19. EU-Kommission v. 09.04.2014 – Entwicklung regionaler Stadien in Nordirland
20. Entscheidung der EU-Kommission v. 11.06.2014 zur Förderung von „Non-profit“-Sportanlagen in Tschechien
21. Weitere Entscheidungen der EU-Kommission / EFTA-Überwachungsbehörde (chronologisch)
22. Zur Abgrenzung: „reine“ Proficlubs
- VI. EU-Kommission – Entscheidungen v. 29.04.2015 – “Förderung rein lokaler Vorhaben”
 1. Einleitung
 2. EU-Kommission v. 29.04.2015 – Glenmore Lodge Outdoor Trainingscenter
 3. EU-Kommission v. 29.04.2015 – Golfclub im Eigentum der Mitglieder
- VII. Das EuG bestätigt die Kommissionsentscheidungen mit Urteilen v. 12.05.2016 und 09.06.2016
 1. Urteil des EuG v. 12.05.2016 – T-693/14 in der Rs. Hamr–Sport a.s., Prag / Kommission
 2. Urteil des EuG v. 09.06.2016 – T-162/13 in der Rs. Magic Mountain Kletterhallen GmbH u.a / Kommission
 - a. Die geltend gemachten Rechtsverletzungen
 - b. Zur Bindung der EU-Kommission an ihre Leitlinien
 - c. „Marktversagen“
 - d. „Erforderlichkeit der Beihilfe“
 - e. Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel
 - f. Betriebsbeihilfen für Unternehmen der Daseinsvorsorge

- g. Grenzüberschreitender Wettbewerb
- 3. Würdigung der Entscheidungen des EuG
 - a. Das EuG analysiert das Proprium der Gemeinnützigkeit
 - b. Folgerungen für den Dritten Sektor
 - c. Unternehmerische Tätigkeit der Sportvereine im „inneren Markt“
 - d. Die Urteile sind Meilensteine für den Dritten Sektor

VIII. Exkurs

- 1. Kongresszentrum in Kattowitz
- 2. Museen
- 3. EuG-Entscheidung v. 12.09.2013 zu deutschen Naturschutzorganisationen

IX. Gemeinsame Erklärung von Vizepräsident Almunia und Präsident Platini v. 21.03.2012

X. Die De-minimis-VO (EU) Nr. 1407/2013

XI. Nützt die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (VO (EU) Nr. 651/2014; AGVO) v. 17.06.2014 den Sportvereinen?

- 1. Allgemeines
- 2. Der Geltungsbereich der AGVO
- 3. Anmeldeschwellen (Art. 4 AGVO)
- 4. Transparenz der Beihilfe (Art. 5 AGVO)
- 5. Anreizeffekt (Art. 6 AGVO)
- 6. Beihilfeintensität und beihilfefähige Kosten (Art. 7 AGVO); Kumulierung (Art. 8 AGVO)
- 7. Veröffentlichung und Information (Art. 9 AGVO); Berichterstattung (Art. 11 AGVO)
- 8. Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen (Art. 55 AGVO)
- 9. „Testweise“ Anwendung der Art. 2 ff., Art. 55 AGVO im Fall der Kletterhalle eines gemeinnützigen e.V
- 10. Anwendung der AGVO im Prüffall SA.38208 (britischer Golfclub)

XII. Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020

XIII. „Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt“ gem. Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV

XIV. Exkurs: Staatliche Infrastrukturmaßnahmen und EU-Beihilferecht

H. Auf dem Weg zu einem „europäischen Sozialmodell“

- I. Vorbemerkungen
- II. Neuerungen im europäischen Primärrecht

- III. Grundrechte-Charta und Europäische Sozialcharta
- IV. Entschließungen des Europäischen Parlaments
- V. Dokumente der EU-Kommission
- VI. Empfehlungen des Bundesrats
- VII. Richtungsweisend: Bereichsausnahmen für Sozialdienstleistungen / gemeinnützige Träger im Vergaberecht
- VIII. Initiativstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 05.01.2016
- IX. Fazit

I. Handlungsempfehlungen

- I. Vorbemerkungen – die Bedeutung der Beihilfe-Leitlinien
- II. Dimensionierung von Sportinfrastruktur
 - 1. Überlassung an Mitglieder und Nichtmitglieder
 - 2. Das gemeinnützigkeitsrechtliche Prinzip der Sparsamkeit
 - 3. Das Gebot der ausschließlichen Verfolgung ideeller Zwecke
 - 4. Gemeinnützigkeitsrechtliches Gebot: Vermeidung von Leerressourcen
 - 5. Praktische Anwendung der Grundsätze
- III. Außendarstellung
- IV. Herstellung von Transparenz
- V. Sportpolitik
- VI. Vorabkontakt mit der EU-Kommission

J. Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von Sportvereinen - Zweckbetrieb, Idealverein, nicht wirtschaftlicher (§ 21 BGB) und wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB)

- I. Das Registerverfahren F. & S. GmbH ./.. TSV S. 1902 e.V
- II. Zur Einführung in das Problem – Vorüberlegungen
 - 1. Die Notwendigkeit wirtschaftlicher Betätigung im Dritten Sektor
 - 2. Zur Auslegungsbedürftigkeit der §§ 21 f. BGB
 - 3. Fragen an das Gesetz
 - 4. Die Frage nach der juristischen Methode
 - 5. Zur Aktualität des Themas
- III. Steuerrechtliche Grundlagen
 - 1. Steuerrecht und Schutz des Wettbewerbs
 - 2. Der steuerbegünstigte Zweckbetrieb ist ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

3. Das Steuerrecht setzt den Verein als Träger von Zweckbetrieben voraus
4. Der Dualismus von gemeinnützigen und anderen Marktteilnehmern

IV. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte - Grundlagen

1. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb
2. Das Nebenzweckprivileg
3. „Alle gemeinnützigen Vereine sind nichtwirtschaftlich“

V. Die zivilrechtliche Kasuistik im Einzelnen (chronologisch)

1. Vorbemerkungen
2. Entscheidungen der Zivilgerichte

VI. Analyse und Kritik an der Rechtsprechung

1. Vorbemerkungen
2. Zur Empirie des e.V. als typische Organisationsform des Dritten Sektors
3. Zur Frage der erforderlichen finanziellen Ausstattung
4. Zweck der §§ 21, 22 BGB – Schutz der Gläubiger und des Rechtsverkehrs
 - a. Die Prämissen der Rechtsprechung
 - b. Zum Erfordernis eines Fest- und Mindestkapitals
 - c. Mitgliederschutz
 - d. Publizität durch Bilanzierung
5. Gewohnheitsrechtliche Duldung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe
 - a. Der „satzungswidrige“ wirtschaftliche Geschäftsbetrieb
 - b. Beispiel Bundesliga
6. Zur Frage der Folgenabschätzung
7. Zur Ermessensentscheidung des Registergerichts

VII. Verstoß gegen höherrangiges Recht

1. Grundrechtsschutz nach Art. 9 GG (Vereinigungsfreiheit)
2. Art. 12 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechte-Charta)
3. Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)
4. Empfehlung CM/Rec(2007)14 des Ministerkomitees des Europarats v. 10.10.2007

VIII. Der „e.V.“ als die im Rechtssinne alternativlose Rechtsform

1. Grundannahmen für eine verfassungskonforme Bewertung
2. Die Rechtsform des nichtrechtsfähigen Vereins (§ 54 BGB) als Alternative?
3. Die Rechtsform der GmbH als Alternative?
4. Die Rechtsform der Genossenschaft als Alternative?

5. Haftungserleichterungen – nur – für Vereinsorgane und Vereinsmitglieder

IX. Ergebnis zu J. „Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von Sportvereinen“

K. Zusammenfassende Thesen

Abkürzungen

Europäische Dokumente

Literatur

Über den Autor

A. Einleitung

I. Einführung in das Problem

1. Sport und Gesellschaft

Der 13. Sportbericht der Bundesregierung v. 05.12.2014¹ spricht die Aktualität des Themas an:

„Sport ist ein zentraler Bestandteil unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens. Dies gilt sowohl für den Spitzen- als auch für den Breitensport. Die Bundesregierung betont die gesellschaftspolitische Bedeutung und damit verbundene Verantwortung des Sports wie auch die notwendige Förderung der Generationengerechtigkeit. Aktives Sporttreiben gehört für einen Großteil der Bevölkerung zu einer gesundheitsbewussten Lebensgestaltung. . . .

Schließlich ist der Sport zu einem bedeutenden Wirtschaftsfaktor gewachsen, der Umsatz und Wertschöpfung erzeugt und Arbeitsplätze schafft. Dem Sport kommen damit diverse gesellschaftliche Funktionen zu, die in ihrer Bedeutung kaum hoch genug eingeschätzt werden können.“

DOSB-Präsident Hans-Peter Krämer² hat am 29.10.2013 die Studie von Christoph Breuer / Felix Mutter „Zum Wert des Sports aus ökonomischer Perspektive“ (2013)³ der Öffentlichkeit vorgestellt und hierbei unter besonderer Betonung der ökonomischen Bedeutung des Sports u.a. erklärt:

„Bei realistischer Betrachtung werden 9,7 Prozent oder 138,6 Milliarden Euro des Gesamt-konsums der deutschen Haushalte durch Sportkonsum ausgelöst. Der Gesellschaft wächst ein Wohlfahrtsgewinn von 6,7 Milliarden Euro jährlich durch ehrenamtliche Tätigkeit zu. 1,85 Millionen Ehrenamtliche leisten im Schnitt 20 Stunden Engagement in 91.000 Sportvereinen mit 27,8 Millionen Mitgliedschaften.“

Hier ist von monatlichen Durchschnittszahlen die Rede.⁴ Laut Hans-Peter Krämer belegt die Studie,

„dass damit in einer Gesamtbetrachtung 22,2 Milliarden Euro Steuereinnahmen durch den Sport ausgelöst würden. Das entspreche zwei Prozent der gesamten Steuereinnahmen des Staates auf allen Ebenen (Bund, Länder, Kommunen). Dem gegenüber stünden 9,9 Milliarden Euro Gesamtausgaben des Staates für Sport durch Steuervergünstigungen, Subventionen und Ausgaben wie z.B. für den Schulsport. „Im Vergleich von Einnahmen und Ausgaben ist Sport für den Staat ein hochprofitables Investment . . .“

Der DOSB zieht aus der Studie die Schlussfolgerung, dass optimale Rahmenbedingungen für das freiwillige zivilgesellschaftliche Engagement im organisierten Sport Voraussetzung für eine erfolgreiche Weiterentwicklung des Sports seien. Krämer betonte: „Das Ehrenamt und die Gemeinnützigkeit bilden die tragenden Prinzipien des Sportsektors und sind unverzichtbar, um die genannten wirtschaftlichen Effekte zu erzielen.“ Deshalb müsse das Ehrenamt durch das Gemeinnützigkeitsrecht noch besser gefördert werden. Darüber hinaus sei ein weiterer Bürokratieabbau für ehrenamtliche Arbeit notwendig.

Mit dem in Vereinen und Verbänden organisierten Sport tritt die Zivilgesellschaft in Erscheinung, die ihrerseits durch bürgerschaftliches Engagement geprägt ist. Die Zivilgesellschaft ist ein autonomer Partner des Staates (hierzu unten Abschn. D.V.2). Dies nimmt das europäische Primärrecht auf: Nach Art. 11 Abs. 2 EUV „pflegen (scil.: die Organe der EU) einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft“. Ihre „Beteiligung (ist) sicherzustellen“ (Art. 15 Abs. 1 AEUV). Die Zivilgesellschaft ist Partner des Staates, aber nicht dessen Auftragnehmer und Handlungsagent.

2. Sport und Ökonomie

In der Studie von Breuer/Mutter⁵ „Zum Wert des Sports aus ökonomischer Perspektive“ heißt es zusammenfassend:

„Sport ist in Deutschland vor diesem Hintergrund nicht als Kostenfaktor, sondern als kostbares Investitionsgut anzusehen, dass bei öffentlichen Investitionen wertvolle wirtschaftliche, steuerliche und soziale Renditen produziert, deren Wert den Investitionsbetrag deutlich übertreffen.“

Auch die Organe der EU sehen „den Sport“ sowohl unter dem Blickwinkel der in Art. 165 AEUV definierten Förderziele als auch in seiner ökonomischen Bedeutung. Die EU-Kommission⁶ hat sich bereits in ihrem „Weißbuch Sport“ (2007) mit der wirtschaftlichen Dimension des Sports befasst. Der Rat der EU⁷ betont in seinen „Schlussfolgerungen betreffend den Beitrag des Sports zur Wirtschaft der EU“ v. 04.02.2014 dessen ökonomische Bedeutung:

„Nach einer unlängst durchgeführten EU-weiten Studie zu Wirtschaftswachstum und Beschäftigung in der EU⁸ beläuft sich der Anteil des sportbezogenen Mehrwerts in der EU auf 1,76 %. Der Anteil der sportbezogenen Beschäftigung in der EU beträgt 2,12 %. Berücksichtigt man auch die Multiplikatoreffekte, so summiert sich der Anteil des Sports sogar auf 2,98 % der gesamten Bruttowertschöpfung in der EU. Dieser Studie zufolge ist der Anteil des sportbezogenen Mehrwerts in der EU somit vergleichbar dem Anteil von Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Fischerei zusammengenommen; jeder sechste in der EU generierte und verdiente Euro steht mit dem Sport in Verbindung.“

Der Rat der EU fordert die Mitgliedstaaten „unter gebührender Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips“ auf

„zur Förderung strategischer Investitionen in den Sport, gegebenenfalls durch Nutzung der Möglichkeiten der EU-Finanzierungsinstrumente, einschließlich der EU-Strukturfonds (insbesondere des Europäischen Sozialfonds und des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung), und der EU-Finanzinstrumente wie z. B. Finanzierung durch die Europäische Investitionsbank.“

Er betont, dass „kleinere Investitionen öffentlicher Mittel in lokale Sporteinrichtungen und die Unterstützung lokal verankerter Sportvereine“ Gemeinschaften stärken können. Eine Mitwirkung an der Entwicklung und Instandhaltung der Sportinfrastruktur — entweder lokal oder national — könne der Schlüsselfaktor zur Schaffung neuer Arbeitsplätze insbesondere für junge Menschen sein. Auf diese zentralen Aussagen wird im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Privilegien für gemeinnützige Rechtsträger und mit der Genehmigung von staatlichen Beihilfen durch die EU-Kommission auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst c AEUV zurückzukommen sein.

Es wird ferner hingewiesen auf die Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten zum Sport als Triebfeder für Innovation und Wirtschaftswachstum v. 05.12.2014.⁹

Der Deutsche Bundestag¹⁰ hat dies bekräftigt. Er stimmt der im Weißbuch Sport von der EU-Kommission vertretenen Auffassung zu, dass der wirtschaftlichen Dimension des Sports besondere Bedeutung beizumessen ist. Er befürwortet es, dass sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene „ein klarer Rechtsrahmen“ geschaffen wird, damit die Besonderheiten des Sports bei seiner Teilnahme im Wirtschaftsleben berücksichtigt werden.

Am 21.05.2014¹¹ hat der Rat der EU einen „Arbeitsplan für den Sport (2014-2017)“ angenommen, in dem als Schwerpunktthemen der Beitrag des Sports zur Verwirklichung der Strategie „Europa 2020“ hervorgehoben und die wirtschaftliche Bedeutung des Sports erörtert wird. Danach ist eines der Anliegen der EU-Kommission die nachhaltige Finanzierung des in Vereinen betriebenen Breiten- und Spitzensports, vor allem durch Erwirtschaften von Erträgen mittels Teilnahme am Marktgeschehen. Es besteht allgemeiner Konsens, dass der Vereinssport zur Wahrung seiner rechtlich verbürgten Autonomie seine ideelle Tätigkeit grundsätzlich „mit eigenen Bordmitteln“ finanzieren muss, nicht nur durch Mitgliedsbeiträge und Spenden, sondern auch durch wirtschaftliche Geschäftsbetriebe. Staatliche Sportförderung kann nach zivilgesellschaftlichem Selbstverständnis des autonomen Sports nur subsidiär eingreifen.

Angesichts der ökonomischen Bedeutung des Sports muss die Rechtsordnung einen sachadäquaten steuer-, wettbewerbs- und zivilrechtlichen Rechtsrahmen bereitstellen.

3. Unternehmerische Wertschöpfung und Wettbewerbsordnung

„Umsatz und Wertschöpfung“, die der 13. Sportbericht der Bundesregierung anspricht, sind auch steuerlich relevant. Vereine und Verbände treten mit ihren durch das Gemeinnützigkeitsrecht begünstigten zweckbetrieblichen Leistungen in Konkurrenz zu gewerblichen Anbietern. Die Sportvereine sind mit zweckbetrieblichen (§ 65 AO) wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben auf dem Markt der Sportdienstleistungen tätig. Dies ist

auch dann der Fall, wenn der Verein gegen das als Mitgliedsbeitrag zu zahlende Entgelt Sportstätten an seine Mitglieder zur Nutzung überlässt. Er ist damit – so jedenfalls die durch das harmonisierte Mehrwertsteuerrecht und das Vereinsrecht (§§ 21 f. BGB) geschulte Perspektive – ungeachtet gemeinnützigkeitsrechtlicher Vergünstigungen auf einem sog. „inneren Markt“ tätig. Bis zur Entscheidung des EuGH in der Rs. Kennemer Golf Club hatte das deutsche Steuerrecht dies anders gesehen, ohne dass die frühere Rechtslage offensichtlich anstößig gewesen wäre.

Hier treten das nationale und das europäische Wettbewerbsrecht auf den Plan: Mit dem „Umsetzen“ von Lieferungen und sonstigen Leistungen ist der Verein Akteur in einem Markt, dem die Rechtsordnung Regeln für einen lauten und durch staatliches Einwirken möglichst nicht beeinträchtigten Wettbewerb vorgibt. Weil der Staat in vielfacher Hinsicht – offen und verdeckt – fördert und hierdurch „der reguläre Markt“ als Konkurrent unmittelbar betroffen ist, muss eine selektive Begünstigung von wirtschaftlichen Tätigkeiten gerechtfertigt werden.

Auf einen nicht durch staatliche Förderung verfälschten Wettbewerb pochen die gewerblichen Anbieter von Sportdienstleistungen, z.B. Fitness-Studios, die geltend machen, steuerbegünstigte Vereine könnten z.B. in ihren Sportvereinszentren gleichartige Leistungen kostengünstiger anbieten und hätten dadurch Wettbewerbsvorteile. Der hier aufscheinende Konflikt wird auf mehreren „Kampfplätzen“ – Vereinsrecht (§ 21 f. BGB), Gemeinnützigkeitsrecht, allgemeines Sportförderrecht – und vor mehreren Gerichtsbarkeiten ausgetragen.

In diesem Kontext stellt sich zum „Wirtschaftsfaktor Sport“¹² die Frage, ob und ggfs. inwieweit die Wohlfahrtsverluste infolge des staatlichen Eingriffs in den Wettbewerb gesamtwirtschaftlich und gleichheitsrechtlich relevant aufgewogen werden. Die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO, die für den Zweckbetrieb eine Abwägungsentscheidung voraussetzt, normiert ein solches Entscheidungsprogramm. Als Vorgabe für eine angemessene Wettbewerbsordnung verweist § 65 Nr. 3 AO auf ein verfassungsrechtlich und europarechtlich geschütztes grundlegendes Steuerungsprinzip einer sozialen Marktwirtschaft. Historisch ist der privilegierte Zweckbetrieb – mit der Ausrichtung auf die Gewährung von

Sozialhilfe – aus dem Leitgedanken der Behebung von Marktversagen entwickelt worden (ausführlich Abschn. F. IV.).

Dieser Aspekt bedarf unter der Ägide eines modernen Sozialstaats einer aktualisierenden Neubestimmung unter Berücksichtigung der pluralen Erscheinungsformen des Zweckbetriebs und mit Blick auf die vom europäischen Beihilferecht (Art. 107 f AEUV) zu lösenden Probleme. Im historischen Ausgangspunkt standen im Mittelpunkt des Rechtsinstituts fürsorgliche Leistungen der Wohlfahrtspflege (Beispiel: die Tafeln) für sozial Schwache, denen der Markt die Grundversorgung nicht zu erschwinglichen Preisen anbietet. In einer aktualisierten Sicht geht es allgemein um die Gewährleistungen des Art. 14 AEUV i.V. mit Art. 36 der Grundrecht-Charta¹³ für die Erbringung von Leistungen mit besonderem Gemeinwohlbezug:¹⁴ Diese Leistungen sollen auch dann angeboten werden, wenn der Markt nicht genügend Anreize liefert und daher die Versorgung nicht zuverlässig gesichert werden kann.¹⁵ Heute geht es nicht nur um den „Schutz der Schwachen“¹⁶, sondern auch, wie aus Art. 1 des Protokolls Nr. 26 zum AEUV ersichtlich ist, um die inhaltliche Qualität der Leistungen: Bezweckt wird „ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“. Die Perspektive weitet sich mit Blick auf die Defizienz zahlreicher Märkte, mit denen sich das Beihilferecht befasst. Die EU-Kommission legt in ihrem „Bericht über die Wettbewerbspolitik 2014“ v. 04.06.2015¹⁷ dar, dass z.B. „die einheitliche Einführung von Breitbandnetzen in den Staatsgebieten Gegenstand eines Marktversagens ist;“ daher „werden staatliche Beihilfen in dieser Branche auch weiterhin eine wichtige Rolle spielen“.¹⁸ In dem Bericht v. 04.06.2015 erscheint das Stichwort „Marktversagen“ auch im Zusammenhang mit Umweltschutz- und Energieleitlinien¹⁹ mit der Finanzierung von Kernkraftwerken sowie Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften.²⁰ Das „Marktversagen“ steht sogar im Zentrum des Beihilferechts, wenn es etwa in den letztgenannten Leitlinien²¹ heißt: Das Beihilferecht solle sich darauf konzentrieren,

„die Gewährung von Beihilfen zu erleichtern, die gut konzipiert und auf Marktversagen bzw. auf im gemeinsamen Interesse liegende Ziele der Union ausgerichtet sind, und die Vergeudung öffentlicher Mittel zu

vermeiden“. Mit staatlichen Beihilfen kann unter bestimmten Voraussetzungen einem Versagen des Marktes entgegengewirkt werden, was dem effizienten Funktionieren der Märkte und der Wettbewerbsfähigkeit zugutekommt. In Fällen, in denen die Märkte zwar effizient funktionieren, die Ergebnisse aber unter kohäsionspolitischen Gesichtspunkten als nicht zufriedenstellend betrachtet werden, können staatliche Beihilfen eingesetzt werden, um ein besseres Marktergebnis im Sinne der Gleichheitserwägungen zu erreichen. Staatliche Beihilfen können jedoch auch negative Auswirkungen haben. So können sie den Wettbewerb zwischen Unternehmen verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einem Maß beeinträchtigen, das den gemeinsamen Interessen der Europäischen Union zuwiderläuft. . . .“

Im „Bericht über die Wettbewerbspolitik heißt es weiter:²² „Innovationsprojekte im Umweltbereich dienen in der Regel der Behebung eines zweifachen Marktversagens, das durch die höheren Innovationsrisiken und die ökologischen Aspekte des Vorhabens bedingt ist.“ Gleiches ergibt sich aus den Leitlinien der EU-Kommission²³ für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020:

„Wenngleich allgemein anerkannt ist, dass Wettbewerbsmärkte in der Regel effiziente Ergebnisse im Hinblick auf Preise, Produktion und Ressourcennutzung hervorbringen, kann im Falle von Marktversagen ein staatliches Eingreifen das effiziente Funktionieren des Marktes verbessern. Staatliche Maßnahmen können unter bestimmten Umständen ein Versagen des Marktes korrigieren und insofern zu einem Ziel von gemeinsamem Interesse beitragen, als der Markt aus eigener Kraft kein effizientes Ergebnis hervorbringen kann. Bevor die Wirksamkeit des Beitrags der Beihilfe zu dem gemeinsamen Ziel geprüft werden kann, muss das zugrunde liegende Problem erkannt und genau abgegrenzt werden. Staatliche Beihilfen sollten nur dann gewährt werden, wenn sie eine wesentliche Verbesserung herbeiführen, die der Markt allein nicht bewirken kann.“

Die Entscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde v. 16.07.2014²⁴ zur Festlegung neuer Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfe 2014 – 2020 verwendet die Vokabel „Marktversagen“ 47 Mal. Die Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und

Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie) zielt nach ihrem Art. 1 ab auf die Gewährleistung der Verfügbarkeit unionsweiter hochwertiger, öffentlich zugänglicher Dienste durch wirksamen Wettbewerb und Angebotsvielfalt und regelt gleichzeitig die Fälle, in denen die Bedürfnisse der Endnutzer durch den Markt nicht ausreichend befriedigt werden können. Hierfür begründet sie die Rechte der Endnutzer und die entsprechenden Pflichten von Unternehmen, die elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitstellen. Soweit die Dienste zu Preisen erbracht werden, die von normalen wirtschaftlichen Gegebenheiten abweichen, wird das Unternehmen, das den Universaldienst erbringt, vom Mitgliedstaat aus öffentlichen Mitteln oder von den Unternehmen des Sektors aus einem sektorspezifischen Fonds entschädigt.

In ihrer Kletterhallen-Entscheidung hat die EU-Kommission dargelegt, dass ihrer Auffassung nach die öffentliche Kofinanzierung für die Errichtung und den Betrieb der DAV-Kletteranlagen der Behebung eines Marktversagens dient, denn ohne öffentliche Förderung würden die Vorhaben nicht umgesetzt werden (Kap. B. III.).

Andererseits kann die EU-Kommission²⁵ kein gemeinsames Interesse i.S. von Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV erkennen, welches die selektive Unterstützung „sehr starker Marktteilnehmer“ – Real Madrid CF, Athletic Club Bilbao, Club Atlético Osasuna (Navarra) und FC Barcelona – „in einem von heftigem Wettbewerb geprägten Wirtschaftszweig rechtfertigen würde“.

Hiervon ausgehend soll im Nachfolgenden die Arbeitshypothese begründet werden, dass die zivilgesellschaftlich, partizipativ und sozialintegrativ generierten und im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit unter Einbindung ehrenamtlichen Engagements erbrachten (Sport-)Dienstleistungen qualitativ höherwertig sind als die der gewerblichen Mitbewerber. Um es mit den Worten von Ulrich Karpen²⁶ zu sagen: „Unter der sozialen Daseinsvorsorge im weiteren Sinne manifestiert sich die Verpflichtung des Staates, Lebensverhältnisse solidarisch und gerecht, eigenverantwortlich und gemeinwohlorientiert mit dem Ziel verbesserter Lebens- und Qualitätsstandards zu ordnen und zu erhalten.“ Und: „Gemeinnütziges Handeln als System von Trägerpluralität und Wahlrecht der Betroffenen

ist eine ordnungspolitische Größe für den europäischen Mitgliedstaat Deutschland.“

Für das Gemeinnützigkeitsrecht ist der zentrale Aspekt des Marktversagens umzulenken auf eine höhere Abstraktionsebene. So gerät in den Blick die nur von den gemeinnützigen Anbietern unter Einsatz von Ehrenamtlichen und in einem demokratisch-partizipativen Kooperationsformat unter den Restriktionen des Gemeinnützigkeitsrechts, vor allem der Selbstlosigkeit (§ 55 AO) zu erbringende inhaltliche Qualität von Leistungen, die gekennzeichnet ist u.a. durch einen spezifischen zivilgesellschaftlichen Mehrwert.

Rainer Hüttemann²⁷ hat bereits im Jahre 2005 ausgeführt:

„Der Fortbestand der Steuervergünstigungen im Zweckbetriebsbereich wird . . . langfristig davon abhängen, ob es gelingt, hinreichende Gründe für eine steuerliche Privilegierung gemeinnütziger Anbieter zu finden. Solche Gründe könnten z.B. aus einer weltanschaulichen Bindung gemeinnütziger Einrichtungen, dem Fehlen von Gewinninteressen oder der Beschränkung des Leistungsangebots auf bestimmte marktferne Bevölkerungsgruppen erwachsen.“

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Das Gutachten des Münchener IFO-Instituts „Die Besteuerung gemeinnütziger Organisationen im internationalen Vergleich“ (Mai 2005)²⁸ hat festgestellt, dass in allen Ländern Zweckbetriebe akzeptiert werden, ohne dass die Steuerfreiheit im eigentlichen gemeinnützigen Bereich verloren geht. Die so beschriebene Idee des Gemeinnützigkeitsrechts setzt sich in den Mitgliedstaaten und auf europäischer Ebene zunehmend durch.

4. Marktteilnahme des Dritten Sektors und staatliche Förderung

Unterdessen verändert sich die Vereinslandschaft.²⁹

Zwischen Markt und Staat agiert zwecks Erfüllung konkurrierender und pluralistischer Gemeinwohlaufgaben³⁰ der durch die „vorherig“ existierende Zivilgesellschaft konstituierte sog. Dritte Sektor – prinzipiell staatsfrei, autonom und in Wahrnehmung verbürgter Grundrechte bzw. Grundfreiheiten. E.-W. Böckenförde³¹ hat festgestellt: „Der pluralistische

und weltanschaulich neutrale Staat ist auf geistige und sittliche Grundlagen angewiesen, die er selbst nicht schaffen und über die er nicht verfügen kann“. Der Staat fördert private – individuelle und kollektive – Aktivitäten zwecks Entstehenssicherung grundrechtlich-freiheitlicher Betätigung. Daher gibt es – um ein weiteres Beispiel zu nennen – in der Bundesrepublik keine Staatskirche, aber eine steuerliche Förderung kirchlicher Zwecke. Und mit Blick auf den Sport ist zu sagen: Der Staat kann und soll kein Länderspiel und schon gar nicht jeden Lauftreff organisieren. Als „aktivierender“ (Sport-)Staat kann und muss er aber die dies ermöglichenden zivilgesellschaftlich gegründeten, das ehrenamtliche Engagement zahlloser Freiwilliger einbindenden Vereins- und Verbandsstrukturen – auch durch Schaffung eines adäquaten Rechtskleides – ermöglichen und institutionell und vor allem steuerlich fördern, – und zwar gegen prominente Stimmen in der Literatur (s. unten D. I 3.) auch dann, wenn die Geförderten als der Allgemeinheit angehörende Destinatäre Freude an dem in ihrer Freizeit betriebenen Amateur- und Breitensport haben. Alle Versuche, dem nicht „staatstragenden“ Sport die Gemeinnützigkeit abzusprechen, sind rechtlich und sozial untauglich. Zugleich muss der Staat durch das Zuwendungs- und das Gemeinnützigkeitsrecht sicherstellen, dass die haushaltsrechtliche Zweckbindung der Sportförderung aus Steuergeldern gesichert bleibt.

Ohne staatliche Unterstützung wären weder der Breiten- noch der Spitzensport in der traditionellen und dem „Sportstaat Deutschland“ gemäßen Weise möglich. Die Förderinstrumente – die direkte Sportförderung ebenso wie das Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht – begünstigen „den Sport“, und zwar den einzelnen Sportler ebenso wie die Sportvereine als Wettbewerber auf dem Markt der Sportdienstleistungen. Der Sonderstatus des Dritten Sektors zwischen Markt und Staat und seine staatliche Förderung gehören zu den Strukturprinzipien der bundesrepublikanischen Gesellschaft. Sportdienstleistungen als „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ werden weder vom Staat allein noch vom Markt erbracht. Es sind vor allem die zivilgesellschaftlich autonomen gemeinnützigen Körperschaften, die die öffentliche Aufgabe „Soziale Leistung“ erbringen. Ulrich Karpen³² schreibt: „Die Existenz eines starken ‚Dritten Sektors‘ kennzeichnet den deutschen Sozialstaat. Soziale Dienste sind ein unverzichtbares Element

des Sozialschutzes; sie bauen auf gesamtgesellschaftlicher Solidarität auf.“

Die Förderziele der Vergabe staatlicher Mittel werden institutionell gesichert u.a. durch den Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit, dessen Prinzipien – vor allem die Gebote der selbstlosen, ausschließlichen und unmittelbaren Verfolgung ideeller Ziele – die effiziente und umfassende Verwendung der haushaltsrechtlich gebundenen und im staatlichen Interesse für Gemeinwohlzwecke bestimmten Haushaltsmittel gewährleisten. Daher kooperiert der ermöglichende Staat auf der Rechtsgrundlage der Landessportgesetze, Solidarpakte oder Landessportpläne mit den gemeinnützigen Rechtsträgern, die mit ihren als Zweckbetriebe privilegierten wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben zwar nicht gewinnzweckfrei arbeiten müssen, die aber etwa erzielte Gewinne von Rechts wegen nicht ausschütten dürfen, sondern in ihrer ideellen Sphäre reinvestieren müssen. Dieser Grundsatz der Selbstlosigkeit (§ 55 Abs. 1 AO), das Gebot der Vermögensbindung und ein Ausschüttungsverbot rechtfertigen zusammen mit weiteren Regularien ihre Begünstigung.

Dieser Gedanke ist auch dem europäischen Recht nicht fremd. Die MwStSystRL begünstigt in ihrem Kapitel „Steuerbefreiungen für bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“ u.a. „bestimmte, in engem Zusammenhang mit Sport und Körperertüchtigung stehende Dienstleistungen, die Einrichtungen ohne Gewinnstreben an Personen erbringen, die Sport oder Körperertüchtigung ausüben“ (Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL). Der EuGH³³ legt diese Vorschrift dahingehend aus, dass anders als bei kommerziellen Unternehmen die Leistungserbringung nicht darauf ausgerichtet sein dürfe, für die Mitglieder des Trägers Gewinne zu erwirtschaften. Dies zielt der Sache nach ab auf einen Gleichklang mit den Grundsätzen der selbstlosen und ausschließlichen Zweckverfolgung i.S. des nationalen Gemeinnützigkeitsrechts. Die unterschiedliche Behandlung gegenüber den For-profit-Organisationen ist gerechtfertigt, weil gemeinnützige und gewerbliche Anbieter in jeweils unterschiedlichen rechtlichen und sozialen Rahmen tätig werden.

5. Ehrenamt und steuerliche Gemeinnützigkeit

Art. 165 Abs. 1 AEUV betont die Bedeutung des Ehrenamtes für den Sport:

„Die Union trägt zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei und berücksichtigt dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion.“

Der Einsatz von „Ehrenamtlern“ ist ein zentrales Element der gemeinwohlorientierten ideellen Zweckverfolgung im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit. Wie die vorstehend unter 1. referierten Zahlen belegen, sind Initiativen und Dienstleistungen im Sport ebenso wie im Gesundheits- und Sozialwesen ohne die Einbindung zivilgesellschaftlichen freiwilligen Engagements nicht denkbar.³⁴ Der Deutsche Bundestag³⁵ hat zur gesellschaftlichen Bedeutung des Sports beschlossen:

„Das bürgerschaftliche Engagement ist eine unverzichtbare Stütze des Sportsystems in unserem Land. Die freiwillig Engagierten übernehmen in vielfältigen Funktionen Verantwortung für die Gemeinschaft und tragen in erheblichem Maße zu einer funktionierenden Vereins- und Sportkultur bei. Dafür gebührt ihnen Dank und Anerkennung. Für diese Arbeit benötigen sie gute Rahmenbedingungen und die Unterstützung des Staates.“

Es erscheint grundsätzlich ausgeschlossen, dass ehrenamtliches Engagement in ein gewinnorientiertes und nicht selbstloses (§ 55 AO) gewerbliches Unternehmen eingebunden werden könnte. Die Anerkennung eines Trägers als gemeinnützig ist unabdingbare Voraussetzung für die Einbindung des ehrenamtlichen Engagements, von dem gerade der organisierte Sport lebt. Die „sozialen und pädagogischen“ Förderziele kann der ermöglichende Staat grundsätzlich nur in Partnerschaft mit den gemeinnützigen Trägern verfolgen, die sich institutionell in ihren Satzungen der selbstlosen, ausschließlichen und unmittelbaren Förderung ideeller Zwecke verschrieben haben.

6. Präzisierung der rechtlichen Maßstäbe einer europäischen Wettbewerbsordnung

Die öffentliche Förderung des Sportsektors rückt seit ca. zwei Jahrzehnten in den Blickpunkt des EU-Beihilferechts. Die EU-Kommission blickt

derzeit – zu Recht argwöhnisch – vor allem auf staatliche Förderung von Proficlubs.³⁶ Allgemein betrifft die Beihilfenproblematik zum einen die Infrastrukturvorhaben von Kommunen, die Sporttreibenden Sportstätten zur Verfügung stellen, zum anderen die Förderung von gemeinnützigen Vereinen durch Betriebsbeihilfen.³⁷

Hier bringt die Allgemeine Gruppenfreistellungs-VO (AGVO)³⁸ Entlastung für den Amateursport. Die AGVO, die sich mit der staatlichen Kofinanzierung von Sportinfrastruktur befasst, will der Allgemeinheit einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zur Nutzung von staatlich finanzierter Sportinfrastruktur sichern. Sie hat primär kommunale Sportstätten, nicht aber solche im Eigentum gemeinnütziger Vereine im Blick. Ausweislich ihrer Begründungserwägungen will sie „eine bessere Prioritätensetzung bei der Durchsetzung des Beihilferechts und eine stärkere Vereinfachung ermöglichen und zu mehr Transparenz, einer wirksamen Evaluierung und besseren Kontrolle der Einhaltung der Beihilfevorschriften auf nationaler und Unionsebene beitragen, gleichzeitig jedoch die institutionellen Zuständigkeiten der Kommission und der Mitgliedstaaten wahren.“ Die AGVO bewegt sich in der überkommenen Gedankenwelt zahlreicher Entscheidungen der EU-Kommission vor allem zu den von Profifußballvereinen genutzten Stadien und sog. Multifunktionsarenen jeweils in kommunaler Trägerschaft.

In gewissem Umfang bringt die zum sog. Almunia-Paket gehörende De-minimis-VO Entlastung. Diese verlangt lediglich einen Betrauungsakt und eine betragsmäßige Begrenzung der Ausgleichsleistungen für DAWI, was mit dem Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit nur begrenzt kompatibel ist. Auch stellt die De-minimis-VO Anforderungen an die Transparenz und an die Überwachung, die in der Praxis kaum zu erfüllen sind.

Rechtssystematisch vorgelagert ist die Frage nach den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Die Frage, ob Vereine des Amateur- und Breitensports als „Unternehmer“ i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV ihren Mitgliedern Leistungen erbringen, wird in jüngerer Zeit von der EU-Kommission verneint. Dies vorausgesetzt erfüllen den Tatbestand der Beihilfe nur Sportdienstleistungen von Vereinen an Nichtmitglieder, die nach deutschem Recht ohnehin nicht als Zweckbetriebe (§ 65 AO) begünstigt sind. Ausgehend von der

umsatzsteuerlichen Sichtweise überrascht diese Entscheidungslinie, denn zum einen handelt es sich um unternehmerische Leistungen i.S. des harmonisierten Mehrwertsteuerrechts und zum anderen umfasst der wettbewerbsrechtliche Begriff des Unternehmens „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.

Ferner entlastet die EU-Kommission die Vereine, indem sie einen den Beihilfiebegriff einschränkenden Topos „Vorhaben von lokaler Bedeutung“ präzisiert. In einer Presseerklärung zu sieben Entscheidungen vom 29.04.2015³⁹ weist die EU-Kommission darauf hin, dass diese Beschlüsse die Allgemeine Gruppenfreistellungs-VO 651/2014 ergänzen. Die Kommission beschreibt ein allgemeines politisches Ziel, „den Verwaltungsaufwand für Behörden und Unternehmen weiter zu verringern und die Ressourcen der Kommission auf die Durchsetzung der Beihilfevorschriften in den Fällen mit der größten Auswirkung auf den Binnenmarkt zu konzentrieren.“

Die Bedeutung der EU-Entscheidungen v. 29.04.2015 für die gemeinnützigen Rechtsträger in Deutschland kann nicht hoch genug veranschlagt werden. Freilich bleibt innerhalb der Grenzen Deutschlands das verfassungsrechtliche Problem: Die Begünstigung der Vereine durch die staatliche Sportförderung und das Gemeinnützigkeitsrecht bedarf der Rechtfertigung vor allem am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG).

7. Sportdienstleistungen und Daseinsvorsorge

Dem vielfach – z.B. von der Bundesregierung in ihrem Altmark-Trans-Bericht⁴⁰ und in Entschlüssen des Bundesrats⁴¹ – vorgetragenen Anliegen, die steuerlichen und sonstigen Begünstigungen für gemeinnützige Körperschaften als Ausgleich für die durch das Gemeinnützigkeitsrecht vorgegebenen Restriktionen zu werten und deswegen das beihilferechtliche Tatbestandsmerkmal des „Vorteils“ zu verneinen, hatte sich die EU-Kommission bislang verschlossen. Nunmehr deutet sich an, dass das Proprium einer europaweit verbreiteten Idee

Gemeinnützigkeit zunehmend erkannt wird und dies in Rechtsakte, Entschließungen und Entscheidungen einfließt. Die durch die norminspirierende Idee der „Behebung von Marktversagen“ verklammerten zweckbetrieblichen Leistungen (§ 65 ff. AO) und die „Dienste von allgemeinem Interesse“ sind auf die Erfüllung der durch Art. 14 der Europäischen Sozial-Charta⁴² normierten Verpflichtungen der Vertragsstaaten ausgerichtet, „Dienste zu fördern oder zu schaffen, die unter Anwendung der Methoden der Sozialarbeit zum Wohlbefinden und zur Entfaltung des einzelnen und der Gruppen innerhalb der Gemeinschaft beitragen, sowie zu ihrer Anpassung an die soziale Umgebung“.

Der besondere Rechtsrahmen des Dritten Sektors ist für den Sozialstaat unabdingbar. Die gemeinnutzrechtsrechtlichen Prinzipien der ausschließlichen, unmittelbaren und selbstlosen Förderung der Allgemeinheit sind unverzichtbare Bedingungen der Erhaltung vereins- und verbandsmiger Strukturen. Sie sind unverzichtbar für die Einbindung des ehrenamtlichen Engagements in die zweckbetriebliche Leistungserbringung und für die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen Drittem Sektor und Staat bei der Wahrnehmung konkurrierender und pluralistischer Gemeinwohlaufgaben. „Dem Staat (ist) die selbstlose und ausschließliche Erfüllung seiner Aufgaben zum Wohle der Allgemeinheit durch die Verfassung vorgegeben und seinem Wesen nach zu eigen.“⁴³

Dies berechtigt den Staat, bei der Vergabe von Fördermitteln mit „Partnern“ zu kooperieren, die diese Mittel selbstlos, ausschließlich und unmittelbar für ideelle Zwecke verwenden und die gleichzeitig die Gewähr bieten, dass die durch Verfassung und Gesetze und nunmehr auch in Art. 165 Abs. 2 AEUV definierten politischen Förderziele effektiv und verlässlich verfolgt werden. Nach § 44 Abs. 1 Satz 1 BHO dürfen Zuwendungen nur unter den Voraussetzungen des § 23 BHO gewährt werden. Diese Verweisung bedeutet, dass Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) nur veranschlagt werden dürfen, wenn der Bund hieran ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Entsprechendes gilt nach den Haushaltsgesetzen der Länder. Dem Staat muss daher gestattet sein, Mittel

zur Förderung seiner eigenen – „selbstlosen“ Zwecke – vorrangig den Rechtsträgern zukommen zu lassen, die eine „Verlängerung“ dieser unbedingten Zweckbindung in die Zivilgesellschaft hinein gewährleisten.

8. Vom Marktliberalismus zu einem europäischen Sozialmodell

Noch im Jahre 2009 hat Ulrich Karpen⁴⁴ dazu aufgefordert, die Mitgliedstaaten der EU müssten sich „gegen einen ökonomischen Imperialismus aus Brüssel schützen“. Es scheine, dass die Organe der EU keine hinreichende Vorstellung vom deutschen Sozialrechtssystem hätten, „in dem weder der Staat allein noch die Wirtschaft, sondern auch gemeinnützige Träger in freier Trägerschaft und Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung öffentliche Aufgaben erfüllen.“ Zu Recht hat er darauf hingewiesen, dass die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft eine Bedingung der vom Grundgesetz verankerten Freiheit ist. „Freiheit, Subsidiarität und Pluralität von Trägern sozialer Leistungen gehören zusammen. Gemeinnütziges Handeln als System von Trägerpluralität und Wahlrecht der Betroffenen ist eine ordnungspolitische Größe für den europäischen Mitgliedstaat Deutschland. . . . Die Existenz eines starken ‚Dritten Sektors‘ kennzeichnet den deutschen Sozialstaat.“

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Allerdings ist der Dualismus von zivilgesellschaftlicher und gewerblicher Mehrung des Gemeinwohls zu würdigen vor dem Hintergrund einer Entwicklung des Europarechts, das eine marktliberalistische Version des „unverfälschten Wettbewerbs“ zunehmend zurückdrängt.⁴⁵ Nach früherem Primärrecht war ausdrücklich als eines der Ziele der Union festgelegt worden „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“ (Art. 3 Abs. 1 Buchst. g des Vertrages von Amsterdam). Dieses Anliegen ist in den Verträgen von Lissabon nur noch im Protokoll Nr. 27 „über den Binnenmarkt und den Wettbewerb“ erwähnt. Erstmals ist nunmehr die soziale Marktwirtschaft als Ziel der Union benannt. Nach Art. 3 Abs. 2 EUV (Lissabon) errichtet die Union einen Binnenmarkt, der auf eine soziale Marktwirtschaft und auf sozialen Fortschritt abzielt. Die Vorschrift lautet:

„Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in

hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin.“

Markus Kotzur⁴⁶ schreibt:

„Das Wertbekenntnis zu Gerechtigkeit und Solidarität (Art. 2 Satz 2 EUV, die Ziele „Soziale Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Satz 3 EUV) und des „sozialen Fortschritts“ ebenfalls Art. 3 Abs. 3 Satz 3 EUV) sprechen für sich und geben damit zugleich ein Integrationsversprechen. . . . Welche Verantwortungen und Zuständigkeiten in Sachen Daseinsvorsorge jeweils der Union und den Mitgliedstaaten zukommen, wird zu einer entscheidenden Frage sozialer Legitimität.“

Dies ist ein bedeutsamer Paradigmenwechsel, der eine neue Gewichtung des Wettbewerbs als Ordnungsprinzip verlangt. In ihrem „Ersten vorläufigen Entwurf einer europäischen Säule sozialer Rechte“ hebt die EU-Kommission⁴⁷ unter Hinweis auf Art. 3 EUV das Unionsziel einer „in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und soziale Fortschritt abzielt“ hervor.

Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass mit dem Vertrag von Lissabon erstmals die kommunale Selbstverwaltung primärrechtlich verankert ist. Nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV achtet die Union die nationale Identität der Mitgliedstaaten, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“. Der Subsidiaritätsgrundsatz wird gestärkt. Dies ist vorliegend von Bedeutung, weil ein wesentlicher Teil der Daseinsvorsorgeleistungen von den Gemeinden im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsaufgaben erfüllt werden.⁴⁸

Das Europäische Parlament,⁴⁹ dessen Bedeutung als Fürsprecher der Zivilgesellschaft und der gemeinnützigen Rechtsträger in der wissenschaftlichen und politischen Erörterung zumeist nicht ausreichend gewürdigt wird, hat den Blick von den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) auf die „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (SDAI) gelenkt. Das EU-Parlament befürwortet, „dass im Fall der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse die Vorschriften für Wettbewerb, staatliche Beihilfen und Binnenmarkt mit

den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vereinbar sein müssen und nicht umgekehrt“ (ausführlich unten [S. 198](#)).

Die Entwicklung hin zu einem „Europäischen Sozialmodell“⁵⁰ trifft auf die Entscheidungspraxis der EU-Kommission, auf der Rechtsgrundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV hochrangige Gemeinschaftsgüter in eine Abwägung mit dem Schutz des Wettbewerbs einzubringen, und jedenfalls im praktischen Ergebnis das Recht der DAWI i.S. des Protokolls Nr. 26 „Über Dienste von allgemeinem Interesse“ zum Lissabon-Vertrag fortzuentwickeln. Art. 1 dieses Protokoll sagt:

„Zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zählen insbesondere:

- die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind;*
- die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geografischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können;*
- ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte.“*

Dieses Protokoll findet in der Spruchpraxis des EuGH und des EuG zunehmend Beachtung.⁵¹ Das EU-Parlament hat in seiner Entschließung v. 15.11.2011⁵² „zur Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ die Erwägung formuliert,

„(J.) . . . dass die Mitgliedstaaten und die staatlichen Behörden am besten in der Lage sind, angemessene Dienstleistungen für ihre Bürger zu erbringen, und dass es somit in ihrer Verantwortung liegt, den genauen Umfang und die Art und Weise der Bereitstellung von DAWI zu bestimmen; ferner in der Erwägung, dass in Artikel 1 des Protokolls Nr.

26 zum Vertrag von Lissabon ausdrücklich der weitreichende Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden bei der Verwaltung, der Erteilung von Aufträgen und der organisatorischen Gestaltung von DAWI anerkannt wird“.

Das EU-Parlament verweist

„(10.) . . . auf die Besonderheit von DAWI auf regionaler und lokaler Ebene, die den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht beeinträchtigt und bei denen ein vereinfachtes und transparentes Verfahren möglich sein sollte, das die Innovation sowie die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) fördert“.

Es hat sich unter dem Stichwort „Lokale Dienstleistungen“ darauf bezogen,

„(33) . . . dass die Erbringer von DAWI unterschiedlichen Status haben, wie Vereine, Stiftungen, Freiwilligen- und Gemeinschaftsorganisationen, gemeinnützige Organisationen oder soziale Unternehmen; verweist darauf, dass einige von ihnen lediglich auf lokaler Ebene arbeiten, keine gewerblichen Tätigkeiten ausüben und Gewinne aus Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vor Ort reinvestieren“.

Es verweist wiederholt auf das Subsidiaritätsprinzip und das Protokoll Nr. 26 zum AEUV,⁵³ in welchem ein hohes Niveau der DAWI in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Erschwinglichkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte festgeschrieben und ihre wichtige Rolle ausdrücklich anerkannt wird. Es betont mehrfach, dass auch in Art. 14 AEUV „der spezifische Charakter der DAWI anerkannt wird“ und dass die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse und innerhalb des Anwendungsbereichs der Verträge dafür Sorge tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der DAWI so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Das Parlament fordert die Kommission zur Schaffung einer De-minimis-Regelung auf, „sofern aufgrund des lokal begrenzten Tätigkeitsbereichs lediglich vernachlässigbare Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu erwarten sind und sichergestellt ist, dass der Ausgleich nur für das Funktionieren der betreffenden DAWI verwendet wird“.

Dies stärkt die Gewissheit, dass die Zivil- und Bürgergesellschaft, gerade auch der „kleinteilig-lokal“ wirkenden gemeinnützigen Organisationen und der „sozialen Unternehmen“, ⁵⁴ sowie der besondere Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit, der eine ausschließliche und selbstlose Verwirklichung sowie eine Zweckbindung auch des erwirtschafteten Vermögens sicherstellt, ihrem hohen Stellenwert entsprechend gewürdigt werden. Auch die EU-Kommission hat, wie an neusten auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV ergangenen Entscheidungen zu Sportdienstleistungen zu zeigen sein wird, das Proprium der Gemeinnützigkeit erkannt und jedenfalls im Ergebnis zutreffend in den beihilferechtlichen Kontext eingeordnet.

Das BVerfG ⁵⁵ hat das Zustimmungsgesetz zum Lissabon-Vertrag auch unter dem entscheidungsleitenden Gesichtspunkt gewürdigt, dass „sowohl das Demokratieprinzip als auch das ebenfalls von Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG strukturell geforderte Subsidiaritätsprinzip verlangen . . ., gerade in zentralen politischen Bereichen des Raumes persönlicher Entfaltung und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse die Übertragung und die Ausübung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union in vorhersehbarer Weise sachlich zu begrenzen.“ „Danach müssen die sozialpolitisch wesentlichen Entscheidungen in eigener Verantwortung der deutschen Gesetzgebungsorgane getroffen werden.“ ⁵⁶ Damit hat das BVerfG das Sozialstaatsprinzip in das Zentrum der nationalen Staatlichkeit gerückt und die Geltung seines Kernbereichs gegen „überstaatliche Inanspruchnahmen“ abgesichert. Es definiert es als Pflichtaufgabe des Staates, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen. Die „sozialstaatliche Gestaltung der sozialen Lebensverhältnisse“ wird vom BVerfG als einer jener Politikbereiche bezeichnet, die „als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten“. Gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG hängt Deutschlands Mitwirkung am Integrationsprozess von der Verpflichtung der Europäischen Union unter anderem auf soziale Grundsätze ab.

„Das Grundgesetz unternimmt es damit, nicht nur defensiv soziale Aufgaben für den deutschen Staatsverband gegen überstaatliche Inanspruchnahmen zu sichern, sondern will die europäische Hoheitsgewalt in ihrem - übertragenen - Aufgabenspektrum an die Sozialverantwortung binden . . . Auch für die Organe der Europäischen

Union gilt aber der Grundsatz, dass das Sozialstaatsprinzip notwendig die politische und rechtliche Konkretisierung voraussetzt, um wirken zu können.“

Das BVerfG folgert hieraus: „Danach müssen die sozialpolitisch wesentlichen Entscheidungen in eigener Verantwortung der deutschen Gesetzgebungsorgane getroffen werden.“ Bernd Schlüter⁵⁷ bemerkt zu Recht, dass diese Aussage für das künftige Verhältnis von Sozialstaat und europäischem Wettbewerbsrecht von fundamentaler Bedeutung ist. Er warnt davor, dass die wichtigsten sozialstaatlichen Grundregeln wie das sozialstaatliche Subsidiaritätsprinzip sowie der Grundsatz der Trägervielfalt, welche den gemeinnützigen und privaten Leistungserbringern den Vorrang vor den staatlichen garantiere, durch die Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln gefährdet werden. Nach seiner Auffassung fallen die Regelungen der Sozialsysteme und auch das Gemeinnützigkeitsrecht in den Zuständigkeitsbereich des einzelnen Mitgliedsstaats.

Der „Sportstaat Bundesrepublik“ und die ihn konstituierenden organisatorischen, finanziellen und steuerlichen Rahmenbedingungen gehören zu den grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Bundesrepublik. Sie prägen die nationale Identität, die durch Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV geschützt ist.⁵⁸ Diese Bestimmung lautet:

„Die Union achtet die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und ihre jeweilige nationale Identität, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt.“

Es ist die Aufgabe des Dritten Sektors in Deutschland, die Idee der Gemeinnützigkeit und der Erbringung von Leistungen im Zweckbetrieb in die europäische Diskussion über die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) und „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (SDAI) einzubringen und vor allem beihilferechtlich zu behaupten. Anstrengungen hierzu sind jüngst anlässlich der Evaluation des sog. Almunia-Paket⁵⁹ sowohl von der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege⁶⁰ als auch von der Bundesrepublik – Bundesregierung und Bundesrat⁶¹ – unternommen worden. Rechtliche Stellschrauben finden sich wie dargelegt auf der Ebene

der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV, in der Dogmatik der DAWI / SDAI und bei der Ausübung des Ermessens nach Art. 107 Abs. 3 AEUV.

9. Das Ehrenamt und die Ziele der EU

Auch auf europäischer Ebene gewinnt die Erkenntnis Raum, dass zivilgesellschaftliche Organisationen bei der Mitwirkung an im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistungen soziale und / oder kulturelle Beiträge mit besonderen Qualitätsmerkmalen erbringen.⁶² Dies betrifft insbesondere die Generierung eines zivilgesellschaftlichen Mehrwerts durch Einbindung ehrenamtlichen Engagements.⁶³ Nach Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe gilt diese Richtlinie u. a. nicht für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die dringende Krankentransporte zum Gegenstand haben. Nr. 28 der Begründungserwägungen sagt hierzu:

„Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden.

In einer Entscheidung v. 12.12.2014 hat der EuGH⁶⁴ „das hohe Lied des ehrenamtlichen Engagements angestimmt“. Der italienische *Consiglio di Stato* hatte ihm die Frage vorgelegt, ob im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG – vor Geltung des Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24/EU⁶⁵ – die unionsrechtlichen Vorschriften für öffentliche Aufträge und die Wettbewerbsregeln des Vertrags dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, die wie in Italien national- und regionalrechtlich vorsieht, dass die örtlichen Behörden die Erbringung von dringenden Krankentransport- und Notfallkrankentransportdiensten vorrangig und im Wege der Direktvergabe an Freiwilligenorganisationen unter Ausschluss von Einrichtungen mit Gewinnerzielungsabsicht vergeben müssen. Der EuGH weist darauf hin, dass der Grundsatz der freiwilligen Tätigkeit der Bürger

in Art. 118 der italienischen Verfassung verankert ist: „Staat, Regionen, Großstädte mit besonderem Status, Provinzen und Gemeinden fördern aufgrund des Subsidiaritätsprinzips die autonome Initiative sowohl einzelner Bürger als auch von Vereinigungen bei der Wahrnehmung von Tätigkeiten im allgemeinen Interesse.“ Diese Mitwirkung ist im Gesundheitswesen durch das Gesetz Nr. 833 über die Einrichtung des nationalen Gesundheitsdienstes vorgesehen. Der freiwillige Charakter ist normiert im Rahmengesetz über die Freiwilligentätigkeit.⁶⁶ In diesem Rahmen ist für die Region Ligurien durch das Regionalgesetz Nr. 15 über die Freiwilligentätigkeit die Mitwirkung der Freiwilligenorganisationen an der Verwirklichung der Ziele des regionalen Gesundheitsdienstes geregelt. Nach Art. 75 des Regionalgesetzes Nr. 41/2006 werden mit Krankentransportleistungen, die für den Regionalen Gesundheitsdienst erbracht werden sollen, vorrangig Organisationen Ehrenamtlicher, die *Croce Rossa Italiana* (das Italienische Rote Kreuz) und andere zugelassene Institutionen oder öffentliche Einrichtungen betraut. Damit soll sichergestellt werden, dass diese Leistungen von Allgemeininteresse „unter den Bedingungen eines wirtschaftlich ausgeglichenen Haushalts“ erbracht werden. Die auf dieser Grundlage erfolgte Vergabe an Freiwilligenorganisationen und das Italienische Rote Kreuz wurde von Mitbewerbern angefochten mit der Begründung, sie verletze Unionsrecht.

Der EuGH stellt fest, dass die beanstandete Vergabe grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18 fällt. Auch läuft der Ausschluss anderer Einrichtungen als Freiwilligenorganisationen unter Verstoß gegen Art. 49 und 56 AEUV den Zielen der Union zuwider, den freien Dienstleistungsverkehr und die Öffnung für einen unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerb in den Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Indes führt der EuGH aus: Soweit Art. 75 des Regionalgesetzes Nr. 41/2006 die Mitwirkung von Freiwilligenorganisationen an im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistungen vorsieht und auf den Grundsatz der Solidarität hinweist – so die Feststellung des EuGH –

„ähnelt er den . . . (scil.: italienischen) Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen über die Freiwilligentätigkeit der Bürger.

Derartige Ziele werden vom Unionsrecht erfasst.“

Sodann erinnert der EuGH daran, dass das Unionsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihres Gesundheitswesens und ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt. Nicht nur eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit sei ein zwingender Grund des Allgemeininteresses, sondern auch das Ziel, aus Gründen der öffentlichen Gesundheit eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten. Dies könne zu den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit zählen, soweit es zur Schaffung eines hohen Gesundheitsschutzes beitrage. Nach Hinweis auf sein Urt. in der Rs. Sodemare⁶⁷ resümiert er:

„Folglich kann ein Mitgliedstaat im Rahmen des Ermessens, das ihm bei der Festlegung eingeräumt ist, auf welchem Niveau er den Schutz der Gesundheit gewährleisten und sein System der sozialen Sicherheit gestalten will, die Auffassung vertreten, dass der Rückgriff auf Freiwilligenorganisationen dem sozialen Zweck der dringenden Krankentransportdienste entspricht und geeignet ist, dazu beizutragen, die mit diesen Diensten verbundenen Kosten zu beherrschen.“

„Die Politik“ entwickelt Problembewusstsein. Nach langen Diskussionen hatten sich – im sog. Trilog-Verfahren – das Europäische Parlament, die EU-Kommission und die im Ministerrat vertretenen Repräsentanten der Mitgliedstaaten darauf geeinigt, neben dem Wassersektor auch die Notfallrettung aus der Richtlinie 2014/24/EU herauszunehmen.⁶⁸

Der rechtliche Status der Wohlfahrtsorganisationen steht in der Diskussion.⁶⁹ Für die Rettungsdienste ebenso wie z.B. für das technische Hilfswerk und für die DLRG ist die Einbindung des ehrenamtlichen Engagements essentiell. Diese kann nur im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit stattfinden. Der Nutzen einer markttypischen Betätigung auf nicht rentablen Arbeitsfeldern zeigt sich dort, wo in Notfällen – vor allem „auf dem flachen Land“ – oder bei Großunglücken immer zuerst die ehrenamtlichen Helfer, Rettungssanitäter und Seelsorger zur Stelle sind und Hilfe leisten. Die „Ehrenamtler“ spielen im Rettungswesen traditionell eine besondere Rolle. Henry Dunant hat im Jahre 1862 in seiner Schrift „Eine Erinnerung an Solferino“ Vorschläge zur Gründung von freiwilligen „Hilfsgesellschaften“ veröffentlicht. Die

beiden Haager Konventionen des Jahres 1904 waren der Grundstein für das Genfer Abkommen II von 1949, das den freiwilligen Hilfsgesellschaften eine besondere Rolle zuweist. In Deutschland sind neben dem Deutschen Roten Kreuz als nationaler Rotkreuz-Gesellschaft auch die Johanniter-Unfall-Hilfe und der Malteser Hilfsdienst als freiwillige Hilfsgesellschaften nach Art. 26 der Genfer Konvention anerkannt. Es erscheint daher nur allzu verständlich, dass z.B. nach dem Rettungsdienstgesetz des Landes Berlin diesen Organisationen bevorzugt die Notfallrettung übertragen wird. Nur so können entsprechende Organisationen und Strukturen aufgebaut, aufrechterhalten und fortwährend in der Praxis erprobt werden.

Allerdings ist dem EuGH⁷⁰ nicht zu folgen, wenn er den Einsatz von Freiwilligenorganisationen unter dem Gesichtspunkt der Haushaltseffizienz befürwortet, der gleichrangig neben die sozialen Ziele und die Solidarität gestellt wird. Dies ist offenbar der erklärten Zwecksetzung des Regionalgesetzes Nr. 41/2006 geschuldet. Wenn dies dahin zu verstehen ist, dass die Freiwilligenorganisationen zur Schonung der staatlichen Mittel instrumentalisiert werden sollen, wäre dem zu widersprechen. Der Dritte Sektor ist kein Nothelfer, der einspringt, wenn und soweit sich der Staat aus seiner Gewährleistungsverantwortung zurückzieht. Z.B. in der Entwicklungspolitik und bei der humanitären Hilfe kompensieren NGOs zunehmend den Rückzug von staatlichen Akteuren und internationalen Organisationen.⁷¹ Michael Droege⁷² ist zuzustimmen, wenn er schreibt: „Nicht die Schonung staatlicher Ressourcen, die Aktivierung der Bürger ist Zielsetzung des Gemeinnützigkeitsrechts.“

10. „Hard cases make bad law“ – zum vereinsrechtlichen Status des ADAC

Das geflügelte Wort⁷³ „hard cases make bad law“ trifft in einem übertragenen Sinne eine Aussage darüber, dass extreme Sachverhalte für eine auf generelle Geltung gerichtete Normbildung nicht geeignet sind. Sportvereine ebenso wie Wohlfahrtsverbände rücken – zu Recht – in ein schiefes Licht, wenn ihr Geschäftsgebaren intransparent ist und „aus dem Ruder läuft“. Es lässt sich schnell Einigkeit darüber herstellen, dass der

ADAC, eine Organisation mit rund 19 Mio. Mitgliedern und einem Gesamtumsatz in Verein und 38 Tochtergesellschaften von über 2 Mrd. Euro im Jahr, ein Großkonzern ist und dass es merkwürdig anmutet, dass ihm der BGH das Nebenzweckprivileg des nichtwirtschaftlichen Vereins (§ 21 BGB) zuerkannt hat.⁷⁴ Dies ist in jüngster Zeit aus gegebenen Anlässen heftig kritisiert worden (hierzu unten Abschn. K.).⁷⁵ Nicht nur wegen des im Jahre 2015 aufgedeckten Skandals um das „Sommermärchen“ nimmt die Öffentlichkeit mit skeptischem Interesse wahr, dass der Deutsche Fußballbund (DFB), mit 7 Millionen Mitgliedern der größte Einzelsportverband der Welt, der allein mit seiner Nationalmannschaft erhebliche Gewinne einspielt, als gemeinnützig anerkannt ist und „als Monopolist von der Steuerfreiheit profitiert“.⁷⁶ Schon deswegen, weil hier eine vereins- und steuerrechtliche Feinanalyse erforderlich ist, eignen sich derartige Fälle nicht, strukturelle Querschnittsfragen mit dem Ziel einer Bildung allgemeiner Normen zu erörtern. Sie können allenfalls einen Anlass geben, Fragen nach Grenzziehungen, Transparenzregeln für Großorganisationen und ohnehin nach der Richtigkeit der vereins- und steuerrechtlichen Behandlung im Einzelfall aufzugreifen. Normen, die notwendigerweise eine generalisierende Tendenz haben,⁷⁷ sind zu bilden mit Blick auf den sozialtypischen Regelfall. Und dieser wird hier bestimmt durch ca. 145.000 Sportvereine,⁷⁸ die intern-basisdemokratisch durch die Mitglieder und extern durch Finanzämter überprüft werden, bei denen diese Kontrolle funktioniert. Die Öffentlichkeit interessiert sich nicht dafür, wie hoch der in der Vereinsgaststätte erzielte Gewinn ist. Dietmar Gosch⁷⁹ bemerkt zu Recht, man dürfe „den ‚deutschen Idealverein‘ nicht unbesehen mit vereinsrechtlich missbrauchten Kapitalstrukturen über einen Kamm scheren, wie sie bei dem einen oder anderen Auswuchs erkennbar geworden sind“.

II. Ein Querschnittsproblem des gesamten Dritten Sektors

Der gesamte Dritte Sektor steht im „europäischen Zugwind“ (W. Rainer Walz⁸⁰). Strukturell gleich sind die Probleme, denen sich dem Grundsatz nach alle gemeinnützigen Rechtsträger stellen müssen, die begünstigte wirtschaftliche Geschäftsbetriebe (Zweckbetriebe) unterhalten. „Der

Sport“ findet „natürliche Verbündete“ in den Organisationen der freien Wohlfahrtspflege ebenso in den gemeinnützigen Sachwaltern der Kultur. Hier gilt es, Konvergenzen zu erarbeiten z.B. zur internen Führung nach corporate-governance-Grundsätzen ebenso wie zur Außendarstellung. Alle Akteure des Dritten Sektors sollten ihre Interessen und Politiken bündeln, um der Zivilgesellschaft den ihr zukommenden Status zu verschaffen, z.B. gegenüber der Bundesregierung sowie als Dialogpartner der EU auf der Rechtsgrundlage des Art. 11 Abs. 1 EUV.

Nicht nur der Sport muss sich in einer verfassungs- und europarechtlich konstituierten Wettbewerbsordnung positionieren, auch die Träger der Wohlfahrtspflege sind mit ihren Zweckbetrieben im Visier der staatlichen Wettbewerbshüter und der nicht begünstigten Mitbewerber auf den entsprechenden Teilmärkten. Ein „Pilotfall“ ist die Entscheidung der EU-Kommission zur gemeinnützigen AWO SANO gGmbH, die das Familienferiendorf Rerik der Arbeiterwohlfahrt insbesondere für Familien mit behinderten Kindern betreibt. Die EU-Kommission hat mehrere Jahre lang geprüft und die Förderung letztlich nicht beanstandet,⁸¹ aber die gGmbH mit aufwendigen bürokratischen Rechnungslegungspflichten überhäuft.⁸²

Gleichartige Fragen stellen sich z.B. auch mit Blick auf die Konkurrenzsituation am bundesdeutschen Pflegemarkt. § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 SGB XI (Pflegeversicherungsgesetz) hat die Gleichrangigkeit der gemeinnützigen Institutionen der Freien Wohlfahrtspflege und der privat-gewerblichen Träger ausdrücklich statuiert⁸³. Bei Angeboten gemeinnütziger Träger besteht häufig kein Unterschied zu denen konkurrierender „kommerzieller“ Anbieter.⁸⁴ Da z.B. die Kosten von Pflegedienstleistungen zunehmend von Versicherungen abgedeckt werden, ist dies keine Branche, welcher der gewährleistende Staat – zusätzlich – unter die Arme greifen müsste. Dieser Markt ist auch für ausschließlich erwerbswirtschaftliche Unternehmen lukrativ. Gleichwohl hat der deutsche Gesetzgeber in § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 SGB XI (Pflegeversicherungsgesetz) – zu Recht – die Gleichrangigkeit der gemeinnützigen Institutionen der Freien Wohlfahrtspflege und der privat-gewerblichen Träger ausdrücklich statuiert. Diese gesellschaftspolitische Grundentscheidung ist verfassungs- und vor allem europafest. Allerdings haben die gemeinnützigen Träger, wollen sie ihre „Privilegien“ verteidigen, eine Argumentationslast. Die

Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege hat in ihrem Memorandum „Zivilgesellschaftlicher Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“ (Okt. 2004) die Besonderheiten der Leistungserbringung durch den gemeinnützigen Sektor in vorbildlicher Weise dargestellt.

Materiell betroffen von der Beihilfeproblematik sind auch Kultureinrichtungen⁸⁵ wie z.B. Theater und Museen in gemeinnütziger Trägerschaft.

III. Der zivilgesellschaftliche Zusammenschluss auf der Suche nach einem zivilrechtlichen Rechtskleid

Soweit der organisierte Sport auf einem inneren und / oder äußeren Markt – d.h. gegenüber seinen Mitgliedern oder „nach außen“ im Verhältnis zu Dritten – wirtschaftlich tätig wird, muss ihm die Rechtsordnung zwecks Entstehenssicherung der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) ein korporationsrechtliches Format zur Verfügung stellen, mit dem ein angemessener Ausgleich zwischen der zivilgesellschaftlichen Funktionalität des „Rechtskleides“, den Aspekten des Vermögenserhalts, des Gläubigerschutzes und der Transparenz hergestellt wird. Der im Regelfall gegebenen existentiellen Notwendigkeit, die Verfolgung der ideellen Zwecke durch Generierung von Mitteln im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu sichern, muss Rechnung getragen werden. Dies führt zu der zunehmend von den Zivilgerichten aufgeworfenen Frage, ob und inwieweit Sportvereinen, die einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten, die Rechtsform des „e.V.“ noch zur Verfügung steht. Eine überraschende Rechtsprechungsvolte will auf der Grundlage des im Jahre 1900 in einem nicht vereinsfreundlichen Klima⁸⁶ entstandenen BGB den Vereinen, die einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten (§ 21 BGB), das rechtliche Format des e.V. versagen. Sollte dies dem geltenden Recht entsprechen, müsste die Rechtsordnung den zivilgesellschaftlichen Zusammenschlüssen ein funktionstaugliches „Rechtskleid“ zur Verfügung stellen, das die Notwendigkeit einer Eigenfinanzierung durch Zweckbetriebe und steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetriebe berücksichtigt.

IV. Gang der Untersuchung

Das steuer-, verfassungs- und europarechtliche Problem einer „selektiven“ Begünstigung von Marktteilnehmern soll an einigen Beispielen aus der jüngeren Zeit aufgezeigt werden (Teil B.). In der Diskussion sind nicht nur die Sportvereine, sondern auch Träger der Wohlfahrtspflege und kulturelle Organisationen, die mit ihren Mitgliedern („innerer Markt“) sowie Dritten („äußerer Markt“) durch unternehmerisch erbrachte Leistungen Marktnachfrage befriedigen und mit diesen Leistungen im Wettbewerb zu nicht begünstigten Anbietern stehen. Die unternehmerische Tätigkeit der gemeinnützigen Rechtsträger soll ausgehend von der umsatzsteuerrechtlichen Perspektive untersucht werden. Es ist zu prüfen, ob die gewonnenen Erkenntnisse für die Anwendung gegenüber dem europäischen Beihilferecht fruchtbar gemacht werden können. Referenzfall ist der Beschluss der EU-Kommission v. 05.12.2012 zu Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins (DAV Sektion Berlin). Die umsatzsteuerrechtliche Verprobung ist geeignet, die Unterscheidung zwischen innerem und äußerem Markt sichtbar zu machen.

Die Erörterung zum Rechtsrahmen der Sportförderung (Teil D.) trifft Aussagen zu der durch Verfassung und europäisches Recht festgeschriebenen Bedeutung des Sports. In prozeduraler Hinsicht sichern Bund, Länder und Kommunen gemäß den Vorgaben des Haushaltsrechts die Verwendung von Steuergeldern unter Berücksichtigung der Autonomie des zur Zivilgesellschaft gehörenden organisierten Sports. Für den finanziell „ermöglichenden“ Staat bieten in besonderem Maße die gemeinnützigen Rechtsträger Gewähr für eine verlässliche Partnerschaft und für die Schaffung eines zivilgesellschaftlichen Mehrwerts. Dies rechtfertigt – in Verbindung mit der Anerkennung als gemeinnützig – ihre Privilegierung gegenüber den gewerblichen Anbietern. Die staatliche Förderung kann immer nur subsidiär sein. Die Organisationen des Sektors sind zumeist darauf angewiesen, eigene Mittel steuerfrei vermögensverwaltend im Zweckbetrieb oder im steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zu erwirtschaften.

Teil E. befasst sich mit der ordnungspolitischen Größe „Gemeinnützigkeit“. Es werden die Tragweite, die vielfältigen Begünstigungen, aber auch die rechtlichen Restriktionen beschrieben, die in ihrem Zusammenwirken einen besonderen Rechtsrahmen schaffen. Organisatorisches Format des von der Zivilgesellschaft getragenen Sports

ist der eingetragene Verein (e.V.). Es werden die Beziehungen zwischen Zivilgesellschaft, ehrenamtlicher Tätigkeit und Gemeinnützigkeit dargestellt.

Der Zweckbetrieb (Teil F.) gehört zur – privilegierten – ideellen Sphäre der gemeinnützigen Körperschaft. Die zugrunde liegende Rechtsidee verweist auf die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen widerstreitenden Gemeinwohlbelangen, nämlich der Verwirklichung ideeller Zwecke und der staatlichen Eingriffe in einen möglichst unverfälschten Wettbewerb. Eine aktualisierte Idee des Zweckbetriebs ist neu auszurichten auf die Bürgergesellschaft, die Leistungen einer besonderen Qualität und einen zivilgesellschaftlichen Mehrwert schafft. Hierfür bedarf es eines Rechtsrahmens, der gekennzeichnet ist durch Gewinnzweckfreiheit (Selbstlosigkeit), eine strikte Vermögensbindung, die zeitnahe ausschließliche und unmittelbare Verfolgung ideeller Zwecke und die Einbindung des freiwilligen Engagements und des Ehrenamts.

Der Dualismus von Markt und Drittem Sektor, die beide mit jeweils unterschiedlichen Konzepten vor allem Sozialdienstleistungen und Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, ist ein Strukturprinzip der Rechts- und Sozialordnung in Deutschland. Der Zweckbetrieb ist ein Modus für die Behebung von Marktversagen, den weder der Staat noch der Markt mit der erforderlichen zivilgesellschaftlichen Qualität und ethischen Grundlegung organisieren kann. Dies gilt auch für Sportdienstleistungen. Die für die Anerkennung des Zweckbetriebs notwendige Abwägung hat auch Verfassungsrelevanz.

Das erkenntnisleitende Stichwort von der Behebung von Marktversagen zielt auf das Abwägungsprogramm des § 65 AO und in das Zentrum des europäischen Beihilferechts (Teil G.). Die Herstellung und Wahrung des unverfälschten Wettbewerbs ist nach dem Primärrecht eines der Ziele der EU. Indes setzt sich auch auf europäischer Ebene die Erkenntnis durch, dass „der Markt“ nicht alles leisten kann. Zur Schaffung eines – freilich derzeit nur unscharf erkennbaren – europäischen Sozialmodells gehört der Sonderstatus der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI). Es wird daher die Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV erörtert, vor allem das Tatbestandsmerkmal des Unternehmers. Diese Norm wird eingegrenzt durch das Almunia-Paket einschließlich der

De-minimis-VO und – hier einschlägig – durch die Rechtsgrundsätze über die Altbeihilfen i.S. des Art. 108 Abs. 3 AEUV. Die AGVO bringt Erleichterungen für den Bau und die Unterhaltung von Sportinfrastruktur. Gleichwohl reicht der standardisierte Werkzeugkasten des EU-Beihilferechts mit ansonsten probaten Stellschrauben nicht aus, um die Begünstigung der von gemeinnützigen Vereinen für ihre Mitglieder geschaffenen Sportinfrastruktur auf eine planungssichere rechtliche Grundlage zu stellen. Hilfreich ist die jüngste Entscheidungspraxis der EU-Kommission zu den „Vorhaben mit rein lokalen Auswirkungen“.

Die Ermächtigungsgrundlage des Art. 107 Abs. 3 AEUV ermöglicht der EU-Kommission eine Abwägung von Werten, die das Proprium des gemeinnützigen Dritten Sektors abbilden. Die Vorschrift ermächtigt sie, eine staatliche Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären, wenn diese „zur Verwirklichung eines Ziels von gemeinsamem Interesse beiträgt“. Die Analyse ihrer Entscheidungspraxis führt zu überraschenden Ergebnissen. Zu Recht legt die Kommission das Merkmal „Beeinträchtigung des Handels in der EU“ einschränkend aus mit dem Effekt, dass Sportinfrastruktur mit nur lokalem oder regionalem Einzugsbereich vom Beihilferecht „verschont“ bleibt. Die Anwendung dieser Vorschrift soll u.a. am Beispiel der Entscheidung der EU-Kommission zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins (DAV) dargestellt werden. Der Erläuterung des rechtlichen Hintergrundes dient die Darstellung von Grundfällen zur Förderung von Sportstätten.

Teil I. befasst sich mit den Grundfragen der Daseinsvorsorge, der Subsidiarität sowie mit der mitgliedstaatlichen Organisations- und Finanzierungsfreiheit, die für die Mehrebenenarchitektur der EU unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips bei Gewährleistung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten und der Konkretisierung eines europäischen Sozialmodells zu erörtern sind. Die Kommission erkennt an, dass Sportstätten traditionell von den Ländern und Kommunen aus dem Kompetenztitel der Daseinsvorsorge finanziell unterstützt werden. Die staatliche Kofinanzierung der Errichtung und des Betriebs von Sportanlagen mit lokaler und regionaler Bedeutung zur Nutzung durch Vereine und „die Öffentlichkeit“ dient der Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge und der Behebung von Marktversagen. Die Kommission toleriert ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten der EU ihre

eigenen (sport-)politischen Ziele verfolgen – eine bemerkenswerte Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips.

Das EU-Parlament, dessen Bedeutung als Fürsprecher der Zivilgesellschaft und insbesondere der gemeinnützigen Rechtsträger in Praxis und Wissenschaft zumeist nicht ausreichend gewürdigt wird, befürwortet, „dass im Fall der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse die Vorschriften für Wettbewerb, staatliche Beihilfen und Binnenmarkt mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vereinbar sein müssen und nicht umgekehrt“. Es gilt, diese Umkehrung der Perspektive für den Dritten Sektor zu nutzen.

Die Arbeit befasst sich schließlich mit den zivilrechtlichen Grundlagen der zivilgesellschaftlichen Kooperation im eingetragenen Verein (e.V.). Zivilgerichte haben Unruhe verursacht mit einer Rechtsprechung, die u.a. Vereinen, die mit ihren als Zweckbetrieben (§§ 65 ff. AO) tätigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben Sozialdienstleistungen erbringen, das rechtliche Format des e.V. verweigern will. Dem ist nachdrücklich zu widersprechen, weil diese puristisch-fundamental anmutende Rechtsprechung die gewohnheitsrechtlichen Entwicklungslinien des Vereinsrechts übersieht. Diese Rechtsprechung erkennt, dass zwischen dem gesetzlichen Typus „Zweckbetrieb“ und dem rechtlichen Format des e.V. eine legislatorische Gedankenverbindung insofern besteht, als der Gesetzgeber z.B. bei der Normierung der Vorstandshaftung gerade die wirtschaftliche Tätigkeit des Vereins im Blick hat. Die Idee des definitionsgemäß „wirtschaftenden“ Zweckbetriebs wird ebenso verkannt wie die für Organisationen des Dritten Sektors bestehende Existenznotwendigkeit, die Verwirklichung ihrer Zwecke nicht nur durch Beiträge, Spenden und – ohnehin nur subsidiär – durch staatliche Mittel, sondern auch durch erwirtschaftete Überschüsse und Gewinne zu finanzieren. Diese Realität muss vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Dimension der Vereinigungsfreiheit (Art. 9) auch rechtlich abgebildet und funktionsgerecht „formatiert“ werden. Hieraus erschließt sich eine sinnvolle Deutung des Nebenzweckprivilegs, mit der ein „unverhältnismäßiger Rigorismus“ (Karsten Schmidt) vermieden werden kann.

B. Ausgangsfälle

I. Die Aktualität des Problems

Jugend-Hostels beschwerten sich bei der EU-Kommission über die Privilegierung der mit ihnen auf demselben Teilmarkt konkurrierenden Jugendherbergen, die von Gesetzes wegen Zweckbetriebe (§ 68 Nr. 1 Buchst. b AO) sind. Es gibt Stimmen, die den gemeinnützigen Status der Elly Heuss-Knapp-Stiftung „Müttergenesungswerk“ ebenso in Frage stellen wie den der Familiendienste gemeinnütziger Kinderhospize.

Auch die Sportvereine, die mit ihrer durch Mitgliedsbeiträge entgoltenen - zweckbetrieblichen – Tätigkeit in Gestalt der Überlassung von Sportstätten an ihre Mitglieder wirtschaftlich-unternehmerisch tätig sind, geraten in die Defensive. Dies zeigt nicht zuletzt das von der EU-Kommission durchgeführte Prüfverfahren zu den „Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins e.V.“ (hierzu unten S. 30 ff.). Das Problemfeld umfasst ferner das Vereinsrecht (§ 21 f. BGB – es droht die Löschung im Vereinsregister), das Gemeinnützigkeitsrecht, das allgemeine Sportförderrecht⁸⁷ und das Verfassungsrecht. Diese Teilrechtsbereiche sind auf der Abstraktionsebene des Wettbewerbsschutzes rechtlich miteinander verklammert. Die Verbände gewerblicher Anbieter von Sportdienstleistungen – z.B. der Arbeitgeberverband Deutscher Fitness- und Gesundheitsanlagen⁸⁸ – empfehlen Schritte auch auf nationaler Ebene, vor allem die Erhebung von Konkurrentenklagen. Der genannte Verband fordert einen „fairen Wettbewerb zwischen Vereinsfitness und gewerblichen Fitness-Anlagen“. Er hat ein „Musterschreiben an den Bürgermeister“ verfasst zur „Wettbewerbsverzerrung zwischen kommerziellen und ideellen Anbietern im Fitness-Bereich“. Es hat sich ein „Bündnis gegen Wettbewerbsverzerrung“ formiert.⁸⁹ Den Betreibern kommerzieller Fitnessanlagen werden zahlreiche „rechtliche Schritte gegen Vereinsfitness“ empfohlen. Es wird beispielsweise empfohlen, Strafanzeigen gegen Bürgermeister / Oberbürgermeister zu stellen, die eine Bürgschaft für einen Sportverein bereitgestellt haben.

II. Ein Seitenblick auf die Wohlfahrtspflege: Die Entscheidung der EU-Kommission zur gGmbH „AWO SANO“

In Deutschland gibt es derzeit ca. 120 gemeinnützige Familienferienstätten. Hierzu gehört das Familienferiendorf Rerik der Arbeiterwohlfahrt („AWO SANO gGmbH“). Dieses umfasst ein Dorfhaus mit Gruppen- und Aufenthaltsräumen, eine Cafeteria, ein Spielhaus, mehrere Kinderspielplätze. Es gibt dort u.a. vier behindertengerechte Wohnhäuser, ein rollstuhlgerechtes Hallenbad und einen behindertengerechten Badesteg. Die Einrichtung bietet eine pädagogische Betreuung durch eine Diplom-Freizeitpädagogin und durch staatlich anerkannte Erzieherinnen an.

Nach Auffassung der EU-Kommission, die den Fall auf die Beschwerde eines Hoteliers aus der Nachbarschaft geprüft hat, gehen die Ausgleichszahlung des Landes Mecklenburg-Vorpommern an die gGmbH AWO SANO nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung verursachten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite abzudecken. Die EU-Kommission hat die Bundesrepublik Deutschland dazu verpflichtet, durch regelmäßige Kontrollen sicherzustellen, dass die Grenzen eines erforderlichen Ausgleichs eingehalten werden. Bei zukünftigen Zuschüssen zu den Investitionskosten muss u.a. im Vorhinein festgelegt werden, wie eine Überkompensierung vermieden werden kann. Das sog. Bruttosubventionsäquivalent der Subvention wird akribisch errechnet. Die EU-Kommission⁹⁰ verwirft in ihrer Entscheidung das von der gGmbH und der Bundesrepublik angeführte Argument, dass die steuerlichen Vergünstigungen wegen der gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen „keinen Vorteil begründen“.⁹¹

III. Das Problem des Wettbewerbs – Beschluss der Kommission v. 05.12.2012 zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins e.V.

In der Entscheidung v. 05.12.2012⁹² der EU-Kommission ging es um die staatliche Subventionierung der Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins Sektion Berlin in Form von Bau- und Betriebskostenbeiträgen.

Bei den Kletterhallen handelt es sich um Wirtschaftsunternehmen mit

beachtlichen Benutzerzahlen und dementsprechend hohen Umsätzen. Diese werden getätigt auf einem boomenden Markt, der hart umkämpft ist. Der Dachverband des DAV hat im Jahre 2010 einen „Bedarfsplan für künstliche Kletteranlagen im DAV“ verabschiedet, demzufolge in Deutschland 60 neue Kletterzentren benötigt werden. Auf den Markt drängen gewerbliche Anbieter, die argwöhnen, dass sich bestimmte Mitbewerber - sinngemäß – „in der Steueroase der Gemeinnützigkeit privilegiert einrichten“. Die nicht privilegierten Mitbewerber beklagen erhebliche Umsatzeinbußen.

Das Land Berlin hat dem Deutschen Alpenverein das Grundstück, auf dem dieser eine Kletterhalle betreibt, auf der Grundlage des Berliner Sportförderungsgesetzes (SportFG)⁹³ zu einem weit unter der Marktmiete liegenden Entgelt vermietet. Nach § 3 Abs. 2 SportFG Berlin ist Voraussetzung für die Förderung, dass der begünstigte Rechtsträger vom Finanzamt als gemeinnützig anerkannt ist.⁹⁴ § 3 Abs. 2 bis 4 SportFG Berlin lautet:

„(2) ¹Förderungswürdig ist eine Sportorganisation, wenn sie gemeinnützige Zwecke im Sinne der Abgabenordnung durch Förderung des Sports verfolgt, dies durch einen Freistellungsbescheid zur Körperschaftssteuer nachweist und auf ihrem Fachgebiet sachgerechte, zweckentsprechende und wirtschaftliche Arbeit leistet sowie die Gewähr für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung bietet. ²Der innere Aufbau und die Tätigkeit der Sportorganisation müssen demokratischen Grundsätzen entsprechen. ³Bei dem Anerkennungsverfahren und dem Aberkennungsverfahren ist der Landessportbund Berlin e.V. durch Anhörung zu beteiligen.

(3)Der Deutsche Sportbund, die ihm angeschlossenen Spitzenverbände und das Nationale Olympische Komitee für Deutschland können gefördert werden, soweit sie Maßnahmen und Aktivitäten in Berlin durchführen.

(4)¹Gewerbsmäßig betriebener Sport wird nach diesem Gesetz grundsätzlich nicht gefördert. Wird von nach Absatz 2 anerkannten Sportorganisationen auch Sport zum Zwecke des Erwerbs betrieben, so kommt eine Förderung hierfür nur in Betracht, wenn sie außerdem ein Übungs- und Wettkampfangebot entsprechend dem anderer förderungswürdiger Sportorganisationen, insbesondere im Jugendbereich,

nachweisen können. . . .⁴Bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses können zeitlich begrenzt auch für sonstige in § 15 Abs. 1 genannte Zwecke Zuwendungen gewährt werden.⁵Dabei darf die zum Zwecke des Erwerbs sporttreibende Sportorganisation nicht bessergestellt werden als die übrigen förderungswürdigen Sportorganisationen.“

§ 15 Abs. 1 SportFG Berlin sieht vor, dass das Land Berlin „nach diesem Gesetz und dem jeweiligen Haushaltsgesetz“ den anerkannten Sportorganisationen – auch unter Beachtung der Kontinuität laufender Förderprogramme – Zuwendungen gewährt. Nach § 13 SportFG Berlin können landeseigene Grundstücke und Gebäude den als förderungswürdig anerkannten Sportorganisationen zur Verfügung gestellt werden. „Die Höhe des Miet- und Pachtzinses kann abweichend vom Grundsatz des ortsüblichen Entgelts durch Verwaltungsvorschriften geregelt werden.“ Auf dieser Grundlage zahlt der DAV Sektion Berlin eine monatliche Miete für das Grundstück von 1.132 Euro. Der Beschwerdeführer, ein Betreiber einer gewerblichen Kletterhalle in Berlin, trug vor, er habe einen monatlichen Mietaufwand von 17.500 Euro. Er machte geltend, dass die begünstigten Einrichtungen des DAV mit einer Kapazität von 250 Besuchern täglich in Konkurrenz zu ihrer Sportanlage stünden. Die aufgrund der niedrigen Miete möglichen Eintrittspreise des DAV seien auch für Nichtmitglieder attraktiv. Dies führe in seinem ca. 3 km entfernt liegenden Kletterzentrum zu erheblichen Umsatzeinbußen.

Die DAV Sektion Berlin hatte nach einer zunächst größer dimensionierten Planung, die das Land Berlin nicht akzeptiert hatte, den Bau auf die Deckung des vereinsinternen Bedarfs ausgerichtet, was bedeutete: Wegfall der öffentlichen Sauna, keine Gastronomie, lediglich ein kleines Vereinsbistro, kein Klettershop, kein Fitnessbereich. Die Hallenkapazität – Anzahl der maximal gleichzeitig anwesenden Personen – wurde von 400 auf nunmehr 250 Personen verkleinert. Nach der Annahme der EU-Kommission übersteigt die Kapazität der Vereinskletterhalle nicht den vereinsinternen Bedarf. Nach der Einschätzung der DAV Sektion Berlin beläuft sich der Anteil der Nichtvereinsmitglieder an der Hallennutzung insgesamt voraussichtlich auf 7,5 v.H., wobei 2,5 v.H. der Hallennutzer probeweise kletternde Nichtvereinsmitglieder sein werden und 5 v.H. auf Nichtvereinsmitglieder im Rahmen des Schulsports oder anderer nicht kommerzieller Sondernutzungen (z. B. Hochschulsport, Nutzung durch

sozial benachteiligte Gruppen, Behindertensport) entfallen. Der DAV bekennt sich zur Kooperation mit öffentlichen Trägern der Schul- und Berufsausbildung, der öffentlichen Gesundheits-, Jugend- und Sozialfürsorge. Nach Angaben auf der aktuellen Homepage des DAV Sektion Berlin e.V. (Abruf 24.01.2016) ist die Nutzung für Nichtmitglieder auf maximal drei Eintritte beschränkt. Mitglieder anderer DAV-Sektionen gelten als Nichtmitglieder, können aber eine Zweitmitgliedschaft (sogenannte „Gastmitgliedschaft“) im DAV Sektion Berlin eingehen. Der DAV hat vorgetragen, dass in den Wintermonaten und insbesondere zu den üblichen Nutzungszeiten die Auslastung der kommerziellen Kletterhallen an ihrer Kapazitätsgrenze liege. Die durchschnittliche Auslastung in diesem Zeitraum liege zwischen 85 % und 100 %.

Im Laufe der Prüfung durch die EU-Kommission wurde die Beschwerde auf Zuwendungen der Länder und Kommunen für die Errichtung von Kletteranlagen aller relevanten DAV-Sektionen und des DAV-Dachverbandes ausgeweitet. Die gewerblichen Konkurrenten trugen vor, der Wettbewerb werde in ganz Deutschland verzerrt. Diese Entwicklung bedrohe ihre Existenz. Der Beschwerdeführer befürchtete Umsatzverluste beim ergänzenden Angebot der Kletterhallen (Wellness- und Fitnessbereich, Klettershop und Gastronomie). Des Weiteren eigne sich das Kletterzentrum in Berlin für die Ausrichtung nationaler und internationaler Sportveranstaltungen. Die Errichtung des Berliner Kletterzentrums sei Teil eines DAV-Masterplans, mit dem mittels öffentlicher Zuwendungen eine Struktur geschaffen werden solle, die die Errichtung und den Betrieb gewerblicher Kletterhallen wirtschaftlich unattraktiv bzw. sogar unmöglich mache. Die begünstigten Sektionen hätten rechtswidrige staatliche Beihilfen in Form von Bau- und Betriebskostenbeiträgen erhalten (z. B. nicht rückzahlbare Zuschüsse, zinslose oder vergünstigte Darlehen und vergünstigte Überlassung von öffentlichen Grundstücken zur Errichtung von Kletteranlagen der Sektion des DAV).

Der Streitfall hat auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit beschäftigt.⁹⁵ Das OVG Berlin hat einen auf der Grundlage des EU-Beihilferechts beantragten Baustopp abgelehnt, mit der Begründung, dass die Begünstigung unter der für einen Dreijahreszeitraum geltenden De-

minimis-Grenze von 200.000 Euro liege. Es hat zur Begründung ausgeführt: Selbst wenn die mietweise Überlassung des Grundstücks zu günstigeren als den marktüblichen Konditionen grundsätzlich die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV erfüllen würde, könnten die Antragsteller hieraus keine Rechte für sich herleiten. Denn es würde sich allenfalls um eine sog. de-minimis-Beihilfe handeln, für die das Notifizierungsverfahren des Artikels 108 AEUV nicht gelte.

Zur Entscheidung der Kommission s. unten Abschn. G. V. 8.

C. Wirtschaftliche Tätigkeiten des gemeinnützigen Rechtsträgers

I. Grundlegendes zur gemeinnützigen Körperschaft

1. Die vier Sphären der ideellen Körperschaft

Die Körperschaft, die satzungsgemäß ideelle Zwecke verfolgt, hat 4 Sphären:

- Im ideellen Bereich der gemeinnützigen Körperschaft vollzieht sich die nichtwirtschaftliche Erfüllung von Satzungszwecken. Nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 1, 8 Abs. 6 KStG, § 3 Nr. 6 Satz 1 GewStG werden die folgenden Wertzuflüsse (ertrag)steuerfrei vereinnahmt: echte Mitgliedsbeiträge⁹⁶, die nach der Satzung von den Mitgliedern zur Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks geleistet werden (§ 8 Abs. 5 KStG; s. hierzu nachfolgend), Aufnahmegebühren, Spenden, Schenkungen, letztwillige Zuwendungen, echte Zuschüsse. Umsatzsteuerrechtlich ist zu berücksichtigen, dass auch ideelle Tätigkeiten z.B. eines Vereins, der seinen Mitgliedern gegenüber Leistungen erbringt, steuerpflichtig sein können.⁹⁷
- Die Vermögensverwaltung dient als wirtschaftliche Hilfstätigkeit der ideellen und selbstlosen Erfüllung der Satzungszwecke (§ 14 Satz 3). In diesem Rahmen fließen der Körperschaft z.B. Zinsen, Dividenden, Miet- und Pachteinnahmen zu. Für die Umsatzsteuer gilt Besonderes (s. nachfolgend II.)⁹⁸.
- Der steuerpflichtige wirtschaftliche Geschäftsbetrieb steht nach den Legaldefinitionen des § 64 i.V. mit § 14 AO im Gegensatz zur Vermögensverwaltung. Mit der Steuerpflicht des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs nach § 64 AO wird das Prinzip verwirklicht, dass eine ideelle Körperschaft grundsätzlich – vorbehaltlich der Regelung über den Zweckbetrieb (§§ 65 ff. AO) – als Marktteilnehmer aus Gründen der Wahrung der Wettbewerbsgleichheit demselben

Steuerregime, vor allem der Körperschaft- und Gewerbesteuer, unterliegt wie die gewerblichen Konkurrenten.⁹⁹ Der Schutz des Wettbewerbs und damit die Besteuerung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs sind „streng zu handhaben“.¹⁰⁰

- Der Zweckbetrieb ist ein steuerbegünstigter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, dem Entgelte für die Erbringung der in diesem Rahmen erbrachten Leistungen zufließen (§§ 65 ff. AO). Im Abschnitt F. werden das Rechtsprinzip des Zweckbetriebs und die hiermit zusammenhängende Rechtfertigung seiner Privilegierung dargestellt.

Mit den entgeltlich erbrachten Leistungen des steuerpflichtigen und des begünstigten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs (Zweckbetrieb), welcher zur ideellen Sphäre der gemeinnützigen Körperschaft gehört, wird der gemeinnützige Rechtsträger jedenfalls im umsatzsteuerrechtlichen Sinne unternehmerisch tätig.

2. Steuerfreiheit von Mitgliedsbeiträgen nach § 8 Abs. 5 KStG

In ertragsteuerlicher Hinsicht gelten Leistungen einer Körperschaft an ihre Mitglieder als mit dem Mitgliedsbeitrag abgegolten: Die Beiträge sind nach § 8 Abs. 5 KStG von der Körperschaftsteuer befreit.¹⁰¹ Echte Mitgliederbeiträge in diesem Sinne sind Beiträge, die die Mitglieder einer Personenvereinigung lediglich in ihrer Eigenschaft als Mitglieder nach der Satzung zu entrichten haben. Sie dürfen der Personenvereinigung nicht für die Wahrnehmung besonderer geschäftlicher Interessen oder für Leistungen zugunsten ihrer Mitglieder zufließen. Soweit eine Körperschaft der wirtschaftlichen Förderung der Einzelmitglieder dient und die Beiträge Entgelt für bestimmte Leistungen darstellen, handelt es sich nicht um echte Mitgliederbeiträge¹⁰². Die Körperschaft erbringt dem Mitglied mit der Leistung einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil, wenn diese Leistung für Nichtmitglieder nur gegen Entgelt erhältlich ist. Sind Beiträge teilweise als Entgelt für die Leistungen der Körperschaft anzusehen, sind sie im Schätzungswege in echte und unechte Mitgliedsbeiträge aufzuteilen. Es wird hingewiesen auf R 43 Abs. 1 und R 44 Abs. 1 KStR.

Bei der körperschaftsteuerlichen Beurteilung der „echten“ Mitgliedsbeiträge wird der durch die Rechtsprechung des EuGH hervorgehobene Gedanke eines Leistungsaustausches zwischen Verein und

Mitglied – vor allem bei der Überlassung hochwertiger Ressourcen zur Nutzung an das Mitglied – ausgeblendet. Das Leistungsverhältnis ist dann relevant, wenn eine konkrete Einzelleistung abgerechnet wird, z.B. wenn das Mitglied eines Tennisvereins dessen Tennishalle zur stundenweisen Nutzung bucht. Dies führt zu – steuerbefreiten – Einnahmen des Vereins in einem Zweckbetrieb. Die hiervon gesonderte Überlassung zur Nutzung an Nichtmitglieder zu anderen Bedingungen ist ein – nicht privilegierter – steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb. Die in diesem erzielten Gewinne sind nach der regulären Versteuerung der ausschließlichen, unmittelbaren, zeitnahen und vor allem selbstlosen Verwendung zuzuführen.

II. Der gemeinnützige Verein als Unternehmer – innerer und äußerer Markt

1. Der umsatzsteuerrechtliche Leistungsaustausch

Während die AWO SANO gGmbH (oben B. II.) Leistungen im „sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis“ an Nichtmitglieder erbringt, überlässt der „DAV Sektion Berlin e.V.“ seine Kletteranlagen weit überwiegend seinen Mitgliedern zur Nutzung.¹⁰³ Damit wird der DAV auf einem sog. inneren Markt tätig. Er ist damit gleichwohl Unternehmer i.S. des Umsatzsteuerrechts. Für diese Aussage wird zunächst vorausgesetzt, dass der Rechtsbegriff „Unternehmer“ für die verschiedenen hier relevanten Teilrechtsgebiete – Steuerrecht, Gemeinnützigkeitsrecht, Wettbewerbsrecht einschl. europäischem Beihilferecht, Vereinsrecht – *grosso modo* einen jeweils identischen Inhalt hat. Dies bedarf freilich der Prüfung im Einzelfall. Ob die EU-Kommission den Verein mit seinen Leistungen an seine Mitglieder Unternehmer i.S. des europäischen Beihilferechts ist, lässt sich ihrer Entscheidung zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins e.V. nicht mit letzter Gewissheit entnehmen. Dies wird später zu untersuchen sein.

Die Entscheidung des EuGH in der Rs. Kennemer Golf & Country Club¹⁰⁴ und die Folgeentscheidungen des BFH¹⁰⁵ haben der traditionellen umsatzsteuerrechtlichen Doktrin dafür „die Augen geöffnet“,¹⁰⁶ dass der Verein mit gegenüber den Mitgliedern erbrachten – deswegen

zweckbetrieblichen – Leistungen i.S. des Mehrwertsteuerrechts unternehmerisch tätig wird.¹⁰⁷ Dabei ist es unerheblich, dass der Sportsektor – ähnlich wie der Kulturbereich vor allem im Hinblick auf Art. 165 AEUV – „eine besondere gesellschaftliche Rolle spielt und nicht allein wirtschaftlich gesehen werden“ kann.¹⁰⁸ Bei Sportvereinen besteht somit ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Leistung des Vereins, den Mitgliedern Vorteile wie Sportanlagen zur Verfügung zu stellen, und den Mitgliedsbeiträgen. Für den umsatzsteuerrechtlichen Leistungsaustausch genügt es, dass dem Mitglied die Möglichkeit eröffnet wird, Leistungen des Vereins in Anspruch zu nehmen.¹⁰⁹

Das FG München¹¹⁰ hat entschieden, dass bei einem Schießsportverein ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Leistung des Vereins – Überlassung von Sportanlagen zur Nutzung – und den Mitgliedsbeiträgen besteht. Gewährt ein eingetragener Schützenverein seinen beitragspflichtigen Mitgliedern den Vorteil, an Schießübungen und Wettkämpfen teilnehmen zu können, sind die Beiträge der Mitglieder die Gegenleistung für die vom Verein erbrachten Dienstleistungen. Auch die Veranstaltung von Wettbewerben, bei denen die Teilnahme gebührenpflichtig ist, ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbar. Das FG hat sich insoweit ausdrücklich gegen die Auffassung der Finanzverwaltung¹¹¹ gestellt.

Im Anschluss an das EuGH-Urteil v. 21.03.2002 in der Rs. Kennemer Golf & Country Club¹¹² hat sich die Rechtsprechung zur (Umsatz)Steuerbarkeit von Mitgliedsbeiträgen geändert.¹¹³ Nunmehr ist maßgeblich auf den konkreten Vorteil abzustellen, den die Mitglieder mit der Zahlung ihrer Beiträge erhalten. Beim Bestehen eines konkreten Individualinteresses ist es unerheblich, ob auch Satzungszwecke erfüllt werden. Der EuGH analysiert die Problemlage einer entgeltlichen Leistungserbringung an das Mitglied sehr klarsichtig¹¹⁴, während die in Deutschland herrschende Meinung zum Ertragsteuerrecht das Problem eher mit formalen Begrifflichkeiten überspielt. Der EuGH zeigt einen realitätsgerechten Aspekt auf: Das Mitglied, das seinen Vereinsbeitrag entrichtet, erwartet als Gegenleistung die Möglichkeit einer Ressourcennutzung, für die ein gewerblicher Anbieter das Entgelt unter rauen Steuerbedingungen kalkulieren muss. Im Klartext: Wer „Vereinsmeierei“ nicht mag,¹¹⁵ kann

jedwedes (Freizeit)Sportgerät – von der Jolle bis zum Flugzeug – oder jedwede Sportanlage (Tennis- oder Golfplatz, Kletterhalle) von gewerblichen Anbietern anmieten. In dem Umfang, wie der gemeinnützige Rechtsträger die Nutzung den Mitgliedern günstiger anbieten kann und anbietet, erhalten letztere – streng genommen – eine „sonstige Zuwendung aus Mitteln der Körperschaft“ (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 AO). Unter diesem Aspekt sind die Mitglieder nicht uneigennützig beteiligt. Eine Leistungsbeziehung zwischen Verein und seinen Mitgliedern entsteht freilich nicht dadurch, dass die Verfolgung der Vereinsziele mittelbar auch den wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder dient.¹¹⁶

Hiervon ausgehend hat der XI. Senat des BFH¹¹⁷ zu einer sog. Aufnahmespende entschieden, dass Zuwendungen von Mitgliedern an den eigenen Verein, die – gegebenenfalls im Verbund mit gleichgerichteten Leistungen anderer Vereinsmitglieder – unmittelbar und ursächlich mit einem durch den Verein ermöglichten Vorteil zusammenhängen, nicht als Spenden gemäß § 10b EStG steuerlich absetzbar sind.¹¹⁸ Seine Begründung: „Die Nutzungsmöglichkeit einer Golfanlage stellt im Allgemeinen einen Vorteil dar.“

„Mit seinem Vereinsbeitritt hat sich der Kläger in eine Gemeinschaft begeben, deren erklärtes Ziel es war, durch gegebenenfalls auch unterschiedliche finanzielle Beiträge eine Golfanlage zu erstellen, zu unterhalten und durch die Clubmitglieder selbst zu nutzen. Mit der gemeinschaftlichen Finanzierung des Club-Betriebs verfolgte die Gesamtheit der Mitglieder – gruppen-eigennützig--Zwecke privater Lebensgestaltung (. . .), deren Ausgaben grundsätzlich steuerlich nicht zu berücksichtigen sind (§ 12 Nr. 1 EStG).“

2. Sportförderung im harmonisierten Mehrwertsteuerrecht

Die Akzentuierung der Förderung „im Interesse der Allgemeinheit“ bei gleichzeitiger Hintanstellung des individuellen Nutzens ist auch die Perspektive der auf die Förderung von auf den Sport bezogenen Leistungen durch Art. 132 Abs. 1 Buchst. m der MwStSystRL.¹¹⁹ Hiernach befreien die Mitgliedstaaten folgende Umsätze von der Steuer:

„bestimmte, in engem Zusammenhang mit Sport und Körperertüchtigung

stehende Dienstleistungen, die Einrichtungen ohne Gewinnstreben an Personen erbringen, die Sport oder Körperertüchtigung ausüben.“

Diese Vorschrift zeigt, dass auch dem europäischen Recht eine Differenzierung zwischen privilegierten Non-Profit-Anbietern und nicht begünstigten Mitbewerbern durchaus geläufig ist.

Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Kennemer Golf & Country Club¹²⁰ wird die Steuerbarkeit des Mitgliedschaftsverhältnisses geprägt durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung. Eine staatliche Förderung der Leistungserbringung führt zwingend dazu, dass dem Mitglied ein – wirtschaftlicher und auch bezifferbarer – Vorteil zukommt. Der steuerbefreite Leistungserbringer kann und soll – nach der Idee der zweckbetrieblichen Leistungserbringung – die Vorteile der Förderung weitergeben.

Durch Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL wird gerade nicht lediglich der „staatstragende“ Sport bzw. der Spitzensport gefördert, sondern Leistungen an jedermann, der Sport treibt. In seinem Grundsatzurteil in der Rs. Mesto Zamberk hat der EuGH¹²¹ zu dieser Vorschrift entschieden, dass die sportliche Betätigung breiter Schichten der Bevölkerung ermöglicht werden soll. Die Vorschrift „ist dahin auszulegen, dass nicht organisierte und nicht planmäßige sportliche Betätigungen, die nicht auf die Teilnahme an Sportwettkämpfen abzielen, als Ausübung von Sport im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden können.“ Hiernach kann – so im Urteil des EuGH in der Rs. Mesto Zamberk – der Zugang zu einem Aquapark, der den Besuchern nicht nur Einrichtungen anbietet, die die Ausübung sportlicher Betätigungen ermöglichen, sondern auch andere Arten der Unterhaltung oder Erholung, „eine in engem Zusammenhang mit Sport stehende Dienstleistung darstellen“.

Hieran ist bemerkenswert: Während der BFH¹²² zwecks Anwendung des Gemeinnützigkeitsrechts scholastisch anmutende Differenzierungen zwischen „Schwimmen“ (= Sport) und „Baden“ (= kein Sport) vornimmt, ist der EuGH auf der Grundlage des europäischen Rechts wesentlich „großzügiger“: Auch Dienstleistungen, die dem „breiten Publikum“ ein (Freizeit-)Vergnügen durch ggf. bloßes Plantschen ermöglichen (was letztlich nicht überprüft werden kann), dienen, weil in engem Zusammenhang mit dem Sport stehend, im Sinne der zitierten

Kapitelüberschrift der MwStSysRL („Steuerbefreiungen für bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“) dem Gemeinwohl. Dies steht im Gegensatz zur - umstrittenen (hierzu unten D. I. 3.)¹²³ – deutschen Doktrin, nach welcher die – sinnvolle – Betätigung der Bevölkerung in ihrer Freizeit kein „Staatsziel“ im Sinne eines Gegenstandes der Förderung mit öffentlichen Mitteln ist. Der strengen Doktrin ist nicht zu folgen, weil die Hebung der Lebensqualität im öffentlichen Raum z.B. durch kommunale Investitionen in Schwimmbäder, Spielplätze, Parkanlagen – ebenso wie z.B. im kulturellen Bereich die Errichtung von Theatern und Konzertsälen – durchaus ein eminent wichtiges öffentliches Anliegen ist.

3. Rechtsprechung und Verwaltungsauffassung zur Überlassung von Sportanlagen

Im Tennishallen-Urteil des BFH¹²⁴ v. 10.1.1992 heißt es: Ein Sportverein kann seiner Aufgabe „im Wesentlichen nur gerecht werden, wenn er seinen Mitgliedern Anlagen zur Ausübung des Sports zur Verfügung stellt“. Die Rechtsprechung des BFH nimmt einen steuerlich privilegierten Zweckbetrieb an, wenn der Verein die Tennisplätze an Mitglieder zu anderen – scil. günstigeren – Bedingungen vermietet als an Nichtmitglieder.¹²⁵ Allerdings ist die hierfür gegebene Begründung, die Überlassung sei erforderlich zur Verfolgung der satzungsmäßigen Zwecke, nicht zwingend. Bei einer Vermietung einer Tennishalle an Mitglieder und Nichtmitglieder zu gleichen Bedingungen¹²⁶ liegt nach Auffassung des BFH die Annahme nahe, dass mit der Hallenvermietung ein einheitlicher – sodann steuerpflichtiger – wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wird. Denn dann, so der BFH, diene die Nutzungsüberlassung an die Mitglieder ebenso wie die Vermietung an Nichtmitglieder nicht der Verwirklichung des ideellen Vereinszwecks.¹²⁷ Die – jedenfalls steuerpflichtige – Vermietung an Nichtmitglieder zu denselben Bedingungen wie an Mitglieder ist unschädlich, wenn sie nur von ganz untergeordneter Bedeutung (nicht über 10 v.H.) ist¹²⁸. „Nach ihrer Art unterschiedliche Tätigkeiten“ der Körperschaft führen zur Annahme zweier Betriebe¹²⁹. Die Rechtsprechung betraf Fälle, in denen die Nutzung der Tennishalle jeweils im Einzelfall gesondert stundenweise abgerechnet wurde. Für die Umsatzsteuer hat sich seit dem EuGH-Urteil in der Rs.

Kennemer Golf & Country Club die Auffassung durchgesetzt, dass der Mitgliedsbeitrag ein pauschaliertes Entgelt ist.

Auf dieser Grundlage hat sich die h.M. herausgebildet, dass die entgeltliche – auch durch den Mitgliederbeitrag entgeltene – Überlassung von Sportstätten und Betriebsvorrichtungen zur kurzfristigen Nutzung an Mitglieder ein Zweckbetrieb ist, die Überlassung an Nichtmitglieder – z.B. die Gestattung der Nutzung eines Golfplatzes gegen Greenfee¹³⁰ – ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb „eigener Art“. Weitere Anwendungsbeispiele sind die Überlassung eines vereinseigenen Skilifts,¹³¹ einer Kunsteisbahn / Eissporthalle¹³², einer Kletterhalle¹³³ an Vereinsmitglieder. Diese Sachverhalte müssen unter der Geltung des Art. 132 Abs. 1 Buchst m MwStSystRL neu und ggfs. mit abweichendem Ergebnis bewertet werden; die Beurteilung als Zweckbetrieb bleibt hiervon unberührt.¹³⁴ Das Einzeltraining für Vereinsmitglieder findet nicht im Rahmen eines begünstigten Zweckbetriebs statt.¹³⁵

Es liegt auf der Hand, dass die gemeinnützigen Vereine mit diesen Leistungen in einem Wettbewerbsverhältnis zu gewerblichen Anbietern stehen.¹³⁶ Allerdings überrascht es, dass sich die EU-Kommission beihilferechtlich auch mit Skiliften z.B. in der Toskana und am Parnass¹³⁷ befasst hat (unten G. V. 6. und 18.). Mittlerweile hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass ein nur lokaler Bezug der Förderung die Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV tatbestandlich ausschließt (unten Abschnitt G. VI.).

Das Bayerische Landesamt für Steuern hat unter dem 09.05.2008¹³⁸ zu vereinseigenen Fitnessstudios mitgeteilt: Nach dem Ergebnis der Erörterung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder können Sportvereine mit dem Betrieb eines Fitness-Studios einen Zweckbetrieb unterhalten.

„Wenn die Benutzer der Räume und Geräte beim Training von einem Übungsleiter betreut werden, ist der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb als sportliche Veranstaltung i.S. des § 67a AO anzusehen. Werden nur Räume und Sportgeräte ohne qualifizierte Betreuung durch den Verein überlassen, liegt nach der Regelung im AEAO zu § 67a Nr. 12 insoweit ein Zweckbetrieb i.S.d. § 65 AO vor, als Mieter Mitglieder des Sportvereins sind.“

In seiner Verfügung vom 20.10.2014¹³⁹ hat sich das Bayerische Landesamt für Steuern mit der gemeinnützigkeitsrechtlichen Behandlung der Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins (DAV) e.V. befasst. Hiernach liegt ein Zweckbetrieb vor

- bei Überlassung einer von einer DAV-Sektion betriebenen Kletteranlage an eigene Sektionsmitglieder und
- bei Überlassung einer von einer gemeinnützigen Vereinigung (Zusammenschluss mehrerer DAV-Sektionen) gemeinschaftlich betriebenen Kletterhalle an Mitglieder der zu dieser gemeinnützigen Vereinigung gehörenden Sektionen.

Indizien für eine Mitgliedschaft, die lediglich darauf gerichtet ist, die Nutzung der sportlichen Anlagen einer Körperschaft zu ermöglichen, sind:

- die Zeit der Mitgliedschaft,
- die Höhe der Beiträge, die die Mitglieder zu entrichten haben,
- oder auch zivilrechtlich eingeschränkte Rechte der Mitglieder.

Die Verfügung des Bayerischen Landesamtes für Steuern v. 30.05.2012¹⁴⁰ ist ergangen zur gemeinnützigkeitsrechtlichen Beurteilung von Alpenvereinshütten (Alpenhütten und Mittelgebirgshütten).

Mit Wirkung v. 14.01.2015 hat das BMF¹⁴¹ den AEAO zu § 67a Nrn. 12 und 13 wie folgt gefasst:

„(12) Bei Vermietung von Sportstätten einschließlich der Betriebsvorrichtungen für sportliche Zwecke ist zwischen der Vermietung auf längere Dauer und der Vermietung auf kurze Dauer (z.B. stundenweise Vermietung, auch wenn die Stunden für einen längeren Zeitraum im Voraus festgelegt werden) zu unterscheiden. Zur Vermietung öffentlicher Schwimmbäder an Schwimmvereine und zur Nutzung durch Schulen für den Schwimmunterricht siehe Nr. 13 des AEAO zu § 67a.“

(13) Die Vermietung auf längere Dauer ist dem Bereich der steuerfreien Vermögensverwaltung zuzuordnen, so dass sich die Frage der Behandlung als „sportliche Veranstaltung“ i.S.d. § 67a AO dort nicht stellt.

Die Vermietung von Sportstätten und Betriebsvorrichtungen auf kurze Dauer schafft lediglich die Voraussetzungen für sportliche Veranstaltungen. Sie ist jedoch selbst keine „sportliche Veranstaltung“,

sondern ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb eigener Art. Dieser ist als Zweckbetrieb i.S.d. § 65 AO anzusehen, wenn es sich bei den Mietern um Mitglieder des Vereins handelt. Bei der Vermietung auf kurze Dauer an Nichtmitglieder tritt der Verein dagegen in größerem Umfang in Wettbewerb zu nicht begünstigten Vermietern, als es bei Erfüllung seiner steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist (§ 65 Nr. 3 AO). Diese Art der Vermietung ist deshalb als steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zu behandeln.“

Hieraus folgt: Die Nutzung der gerätegestützten Sportfläche durch Mitglieder ist ein Zweckbetrieb (= begünstigter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb) i.S. des § 65 AO.

Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb in Gestalt der entgeltlichen Nutzungsüberlassung an Nichtmitglieder ist auf der Grundlage der allgemeinen Gesetze steuerpflichtig; einen Wettbewerbsvorteil zu Lasten gewerblicher Konkurrenten gibt es nicht.

4. Stellungnahmen von Industrie- und Handelskammern

Einige Industrie- und Handelskammern haben gegenüber den Registerabteilungen von Amtsgerichten gutachtliche Stellungnahmen unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der §§ 21, 22 BGB abgegeben.

Es ist – als Arbeitshypothese, vorbehaltlich einer etwa erforderlichen rechtlichen Feinjustierung – zu unterstellen, dass die in verschiedenen Gesetzen verwendeten wortgleichen Begriffe „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ inhaltlich im Wesentlichen deckungsgleich sind.

Die Stellungnahme der IHK Stuttgart v. 10.10.2013 betrifft den Sportpark der „Sportvereinigung W. 1984 e.V.“. Die IHK Stuttgart prüft die Anwendung des § 21 BGB anhand von Kriterien, die Karsten Schmidt¹⁴² entwickelt hat. Hiernach soll der Zweck eines Vereins „auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet“ sein, wenn er planmäßig und auf Dauer in unternehmerischer Funktion mit einer regelmäßig entgeltlichen Tätigkeit, auch an einem äußeren Markt – und dabei in Konkurrenz zu Wirtschaftsunternehmen in diesem Markt – auftritt. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es dabei nicht an.

Seit der Inbetriebnahme des Sportzentrums bietet der genannte Verein

unter anderem folgende Leistungen an: Bewegungslandschaft, Fitnessbereich, Kursräume, Sauna mit Wellnessbereich, Besprechungsräume, Bistro und Empfangstheke, Kinderbetreuung. Angeboten wird ferner Rehasport. Der Verein bewirbt seine Leistungen mit der Öffnung an 360 Tagen im Jahr von 8:00 Uhr bis 22:00 Uhr. Das Leistungsangebot steht nicht nur Mitgliedern, sondern jedermann zur Verfügung.

Nach Auffassung der IHK Stuttgart tritt der Verein mit dieser Ausrichtung in unmittelbare Konkurrenz zu Unternehmen am Markt, z.B. zu Fitnessstudios oder Einrichtungen für Rehasport. Auch der Betrieb einer Kletterwand, eines Bistros sowie die Kinderbetreuung sind nach Auffassung der IHK Angebote, die auch Wirtschaftsunternehmen an einem bestehenden Markt im Wettbewerb erbringen. Die IHK will dem Verein nicht das Nebenzweckprivileg zubilligen. Dabei soll auch ins Gewicht fallen, dass sich das Angebot des Vereins „gerade auch an Nichtmitglieder richtet.“ Allerdings hält es die IHK aufgrund der vorliegenden Erkenntnisse für fraglich, ob dem Verein der Status des eingetragenen Vereins abgesprochen werden kann. Es sei freilich zweifelhaft, ob die von der Rechtsprechung praktizierte großzügige Ausweitung des Nebenzweckprivilegs gesetzeskonform ist.

Die Stellungnahme der IHK Köln v. 08.05.2014 nimmt auf die Stuttgarter Expertise Bezug. Es geht um den Brühler Turnverein 1879 e.V. Dessen größte Abteilung ist der Fitnessbereich, der 80 Mitarbeiter umfasst und der ausweislich der Webseite des Vereins „als reines Fitnessstudio gilt“. Der Vortrag des Vereins, nach der das Angebot nur für die 9.400 Mitglieder gelte und dass daher kein äußerer Markt bestehe, widerspreche dem eigenen Internetauftritt. Es werde auch hinsichtlich der Nutzungsentgelte zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern unterschieden. Fitnesskurse seien integraler Bestandteil des Angebots von Fitnessstudios und damit Teil der unternehmerischen Tätigkeit. Hierfür spreche auch „das vereinsuntypische Fehlen von festen Trainingszeiten“. Die IHK Köln tendiert erkennbar zu einer Verneinung des Nebenzweckprivilegs.

Wegen der gemeinnützigkeits- und beihilferechtlichen Bewertung der Sportzentren wird auf den Abschnitt „I. Handlungsempfehlungen“ hingewiesen.

5. Urteil des BFH v. 20.03.2014 zum Zweckbetrieb eines Radsportclubs

Der BFH hat mit Urt. v. 20.03.2014¹⁴³ zum Fall eines Radsportclubs entschieden: Vermögensverwaltung i.S. von § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchst. a Satz 2 UStG i.V.m. § 64 Abs. 1 AO und § 14 Satz 1 und 3 AO setzt eine nichtunternehmerische (nichtwirtschaftliche) Tätigkeit i.S. von § 2 Abs. 1 UStG (Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 77/388/EWG) voraus. Vermögensverwaltung ist danach z.B. das bloße Halten von Gesellschaftsanteilen, nicht aber auch die entgeltliche Überlassung von Sportanlagen. Das Urteil geht von der ständigen Rechtsprechung des EuGH und des BFH aus, dass ein Verein, der seinen Mitgliedern dauerhaft Sportanlagen und damit verbundene Vorteile zur Verfügung stellt, entgeltliche Leistungen erbringt, die die Mitglieder z.B. durch ihre Jahresbeiträge vergüten, ohne dass es für die Steuerbarkeit dieses Leistungsaustausches darauf ankommt, ob der Verein „auf Verlangen seiner Mitglieder gezielte Leistungen erbringt“. § 4 Nr. 22 lit. b UStG stelle auch organisatorische Maßnahmen eines Sportvereins steuerfrei, die es aktiven Sportlern ermögliche, Sport zu treiben, wobei eine bestimmte Organisationsform oder -struktur nicht vorgegeben sei. Nicht steuerfrei sei allerdings nach nationalem Recht die bloße Nutzungsüberlassung von Sportgegenständen oder – anlagen. Erbringe ein Sportverein gegenüber seinen Mitgliedern steuerbare und – mangels Berufung auf das Unionsrecht – steuerpflichtige Umsätze durch die Überlassung von Sportanlagen, unterliegen diese Leistungen nur dann dem ermäßigten Steuersatz, wenn sie im Rahmen eines Zweckbetriebs (§ 12 Abs. 2 Nr. 8 lit. a UStG i.V.m. §§ 65 ff. AO), nicht aber „im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ ausgeführt würden. Letztere Vorschrift des UStG entspreche nur insoweit dem Unionsrecht, als sie durch Art. 12 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 77/388/EWG i.V.m. Anhang H Nr. 14 abgedeckt sei.¹⁴⁴ Dies vorausgesetzt sei der Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs i.S.v. § 12 Abs. 2 Nr. 8 Buchst. a Satz 2 UStG i.V.m. den §§ 64, 14 AO weit auszulegen und umfasse jegliche unternehmerische Tätigkeit nach § 2 Abs. 1 UStG. „Aufgrund der gebotenen umsatzsteuerrechtlichen Betrachtungsweise“ liege eine Vermögensverwaltung i.S.v. § 12 Abs. 2 Nr. 8 lit. a Satz 2 UStG i.V.m. § 64 Abs. 1 AO und § 14 Sätze 1 und 3 AO nur bei nichtunternehmerischen – nichtwirtschaftlichen – Tätigkeiten vor, wie z.B. beim bloßen Halten von

Gesellschaftsanteilen.¹⁴⁵ Demgegenüber sei die entgeltliche Überlassung von Sportanlagen bereits dem Grunde nach eine steuerbare Leistung und keine Vermögensverwaltung.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass die Überlassung von Sportanlagen an die Clubmitglieder umsatzsteuerrechtlich kein Zweckbetrieb, sondern ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist. Allerdings kann sich der Verein auf die Steuerfreiheit nach Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStRL berufen.

D. Der Rechtsrahmen der Sportförderung

I. Sportförderung zwischen Gemeinnutz und Eigennutz

1. Zur Generalkritik am gesellschaftlichen Wert des Sports

Es wird immer wieder Kritik am „Wert des Sports“ laut. Die Bareis-Kommission zur Reform der Einkommensteuer¹⁴⁶ hatte vorgeschlagen, im Zuge einer generellen Herausnahme von Lenkungsnormen aus dem Einkommensteuerrecht „Ausgaben zur Förderung des Sports und der Freizeitvereine“ vom Spendenabzug auszuschließen. Bei diesem Vorschlag hat sich die Bareis-Kommission auf das Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts (1988)¹⁴⁷ bezogen. Kritisches ist auch in der Studie des Centrum für Europäische Politik (CEP) von Jeck / Langner¹⁴⁸ zu lesen:

„Bereits das gegenwärtige Ausmaß und die Durchführung der finanziellen Sportförderung innerhalb der Mitgliedstaaten kann kritisch betrachtet werden. Doch selbst wenn den üblichen Rechtfertigungsgründen für eine öffentliche Sportfinanzierung gefolgt wird, ist ein nennenswertes EU-Sportbudget aus Subsidiaritätserwägungen strikt abzulehnen.“

„Ein Großteil der zur Rechtfertigung einer öffentlichen Sportfinanzierung herangezogenen und auch von der Kommission in ihrer jüngsten Konsultation angedeuteten Externalitäten-Argumente steht auf tönernen Füßen: Viele der dem Sport nachgesagten Eigenschaften kommen vor allen anderen den Sporttreibenden selbst zugute. Dies gilt sowohl hinsichtlich der positiven Auswirkungen auf die Gesundheit als auch hinsichtlich der positiven Auswirkungen auf soziale Beziehungen.“

Die Unabhängige Sachverständigenkommission hat in ihrem Gutachten zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts – erkennbar nicht frei von Emotionen – die hässlichen Seiten des Sports hervorgehoben. Nur soweit Vereine den Sport ausschließlich aus Gründen der

Gesundheitspflege betreiben – etwa den Rehabilitations- und den Behindertensport – diene er der öffentlichen Gesundheitspflege. Viele Sportarten nützten nicht ausschließlich der Gesundheit, nicht wenige – Boxen¹⁴⁹, Ringen, Eishockey, Fußball („Mann gegen Mann – Sportarten“), Skilaufen sowie bestimmte Erscheinungsformen des Spitzensports („Spritzenport“) – schädigten die Gesundheit „mehr oder weniger nachhaltig“¹⁵⁰. Einige Sportarten beeinträchtigten, so die Sachverständigen, die Lebensqualität vieler Bürger durch eine Belastung der Umwelt u.a. mit Lärm¹⁵¹. Der Hochleistungssport fördere weder die Gesundheit noch sichere er die Lebensgrundlagen des öffentlichen Gemeinwesens, vielmehr gehe es hier – und dies ist abwertend gemeint – „um gesamtstaatliche Repräsentation, um Nationalprestige“.¹⁵² Knobbe-Keuk und Isensee¹⁵³ haben in ihrem Sondervotum zum Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission bemängelt, dass die Vereine nicht altruistisch, sondern im Interesse ihrer Mitglieder tätig sind. Das Bedürfnis nach steuerlichen Anreizen sei hier ein anderes als bei der Mildtätigkeit, der Forschungsförderung oder in sonstigen Bereichen, „in denen der Eigennutz als Motor ausfällt“. Unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbots halten sie es für „bedenklich“, dass die vereinsmäßig organisierte Freizeitaktivität steuerlich gefördert wird, nicht hingegen die individuelle. Zusammenfassend heißt es: „Die Ausdehnung des Gemeinnützigkeitsrechts auf eigennützige (genauer: mitgliedernützige) Körperschaften steht in Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG.“ In einem Punkt waren sich Gutachten und Sondervotum einig: Soweit Körperschaften den Zwecken privater Lebensführung ihrer Mitglieder dienen, insbesondere die Geselligkeit oder andere Arten der Freizeitgestaltung ihrer Mitglieder fördern, vor allem aber den Sport, sollten diese Zwecke aus dem Katalog der Gemeinwohlzwecke gestrichen werden.¹⁵⁴

Diese Kritik ist nicht neu. Bereits der griechische Tragödiendichter Euripides¹⁵⁵ (480 bis 406 v. Chr.) hielt die Athleten für das größte Übel Griechenlands, und er fragte: „Denn welcher Ringkämpfer, welcher Schnellläufer, Diskuswerfer oder Faustkämpfer hat seiner Vaterstadt dadurch genützt, dass er den Kranz gewann?“ Die antiken Spiele in Olympia waren keine verklarte Idylle: Die Niederlage war eine Schande¹⁵⁶ und brachte schlimmstenfalls – so häufig bei den Freistilringern

(Pankratisten) – den Tod. Sportler bekamen Handgelder, damit sie sich bei der Siegerehrung als Bürger einer Stadt bezeichneten, die auf solche Weise ihren Bürgern ein Identifikationsangebot machen wollte.¹⁵⁷

Das im Jahre 2006 veröffentlichte Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF¹⁵⁸ „Die abgabenrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Zwecke auf dem Prüfstand“ hat die Diskussion zur Reform des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts um eine Stellungnahme aus rein ökonomischer und finanzwissenschaftlicher Sicht bereichert. Das Gutachten ist indes nicht zuletzt im Hinblick auf seinen rein marktwirtschaftlichen Ansatz und seine restriktive Tendenz in der Politik überwiegend auf Ablehnung gestoßen.¹⁵⁹

Die Skepsis gegenüber der staatlichen Sportförderung hat immer wieder Anhänger gefunden.¹⁶⁰ Es hat zahlreiche rechtspolitische Vorschläge gegeben, um „Freizeitbetätigungen“ aus der Förderung durch das Gemeinnützigkeitsrecht herauszunehmen. Zu erwähnen ist auch das Gutachten von Igl/Jachmann/Eichenhofer¹⁶¹ „Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements“. Paul Kirchhof¹⁶² ist der Auffassung, dass nur der Sport förderungswürdig ist, welcher der „gesamtstaatlichen Repräsentation im nationalen und internationalen Bereich dient“. Josef Isensee¹⁶³ schreibt: „Das schöne, konsenssichere Wolkenwort „Vereinskultur“ deckt den Übergang von der klassischen altruistischen Gemeinnützigkeit zur neuen Freizeitgemeinnützigkeit als Steueroase privater Selbstverwirklichung.“

Diese Kritik hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Der Gesetzgeber hat im Jahre 1990 mit Erlass des Vereinsförderungsgesetzes die Vorstellungen der Unabhängigen Sachverständigenkommission abgelehnt. Er zog „aus der unbefriedigenden Abgrenzbarkeit zwischen dem Sport und anderen Freizeitbetätigungen“ die Folgerung, „auch die vergleichbaren sinnvollen Freizeitbetätigungen“ in die Gemeinnützigkeit einzubeziehen; nur reine Geselligkeitsvereine oder Fanclubs sollten nach wie vor nicht gemeinnützig sein.¹⁶⁴ In diese Richtung hatte auch der Gesetzentwurf des Bundesrates gezielt.¹⁶⁵ Gleicher Auffassung ist der BFH¹⁶⁶.

Die Kritik an der Förderung auch des Breiten- und Amateursports ist unberechtigt. Anerkanntermaßen hat der Sport – gerade der Breitensport –

vielfältige Funktionen: Gesundheitsvorsorge und Gesundheitserziehung, die Förderung der Fähigkeit zu sozialverträglichem Handeln, Kooperation und Fairness, die Einübung demokratischer und mitgestaltender Verhaltensweisen, die Schaffung von Identifikation auf lokaler und nationaler Ebene, die Vermittlung des Bewusstseins von Werten wie Leistung, Wettbewerb und Chancengleichheit¹⁶⁷, ferner die Integration von Mitbürgern vor allem solchen mit Migrationshintergrund¹⁶⁸ und die Betreuung von Behinderten¹⁶⁹. Dies entspricht dem herrschenden Verfassungsverständnis¹⁷⁰ und den Vorgaben des Art. 165 Abs. 2 AEUV. Im 12. Sportbericht der Bundesregierung¹⁷¹ heißt es:

„Die große gesellschaftspolitische Bedeutung des Sports ist der Grund für die Förderung durch die Bundesregierung. Damit würdigt die Bundesregierung die Leistungen des Sports auf gesellschaftspolitisch zentralen Feldern wie Integration, Bildung, Erziehung, Gesundheitsvorsorge und internationaler Verständigung.“

2. Zum Widerstreit von Gemeinwohl und Individualnutzen

Die Unabhängige Sachverständigenkommission¹⁷² hat das bereits vorstehend erörterte Grundproblem der Sportförderung angesprochen:¹⁷³ Der Zusammenschluss von Sportlern zu einem Verein ist immer – auch – eigennützig motiviert. § 55 Abs. 1 AO ist berührt, wenn der Verein für seine Mitglieder Leistungen von nicht nur geringfügigem wirtschaftlichen Wert bereithält; dies insbesondere im Zusammenhang mit Freizeitbetätigungen, bei denen die Nutzung von kapitalintensiv errichteten Anlagen einen messbaren wirtschaftlichen Wert hat: Spielt das Mitglied z.B. auf dem vereinseigenen Tennis- oder Golfplatz, „konsumiert“ es einen geldwerten Vorteil und erspart Ausgaben für die Nutzung einer gewerblich betriebenen Sportanlage. Um dieses materiellen Vorteils willen zahlt es Beiträge, ggf. auch „Eintrittsspenden“ und sonstige „freiwillige“ Umlagen.

Je höherwertiger die Leistung des Vereins an das Mitglied und je individueller die Art der Sportausübung ist, umso fragwürdiger wird die Unterscheidung zwischen „echtem“ und „unechtem“ Mitgliedsbeitrag. Die Rechtsordnung nimmt dies zur Kenntnis. Diese Problematik der Förderung

des Sports durch das Gemeinnützigkeitsrecht ist bei den Tatbestandsmerkmalen „Selbstlosigkeit“ (§55 AO) und „Förderung der Allgemeinheit“ (§ 51 Abs. 1 AO) verankert. Die derzeitige, auch von der Rechtsprechung gebilligte Praxis sucht eine Dominanz tatsächlich vorhandener mitglieder- und gruppennütziger Interessen dadurch gering zu halten oder zu minimieren, dass die Zahl der nutznießenden Mitglieder „als Geförderte“ offen gehalten wird für eine um Aufnahme nachsuchende „Allgemeinheit“. Das eigentliche Problem stellt sich im Spendenrecht: Hier wird das soziale Ethos der Gemeinnützigkeit zu Lasten derjenigen Körperschaften in Frage gestellt, bei deren Förderung der Eigennutz als Motiv ausgeprägt ist. Diese rechtliche Perspektive hat zu einer Kasuistik geführt, die Exklusivvereinen, vor allem solchen mit hohem Ressourcen- und Finanzbedarf wie etwa Yacht-¹⁷⁴ und Golfclubs, großzügig bemessene Beitragsobergrenzen und/oder – angeblich – nicht prohibitive Aufnahmeverfahren vorschreibt.¹⁷⁵

Überlegungen zur wirtschaftlichen wie zur ideellen Tätigkeit von gemeinnützigen Sportorganisationen müssen sich mit den komplementären Aspekten des Gemeinwohls und des Individualnutzens befassen. Diese Aspekte sind unaufhebbar zwei Seiten einer Medaille.¹⁷⁶ Dies ist freilich nicht anders als im Bereich der Kultur: Die kulturelle Infrastruktur – der Bau und die Unterhaltung von Theatern, Konzerthallen, Museen usw. – trägt dazu bei, „die Kultur“ zu generieren, und löst die Ansprüche des Kulturstaates ungeachtet dessen ein, etwa der Theater- oder Konzertbesucher in seiner Freizeit und zu seiner Erbauung oder um einer Mehrung seiner Bildung willen Kultur „konsumiert“. Versteht man – mit guten Gründen – die staatliche Sportförderung als öffentliche Aufgabe, ist die Herstellung von Strukturen in den Blick zu nehmen, ohne die der Sport – wie auch damit vergleichbar kulturelles Leben – nicht denkbar ist. Dass Sport und Kultur von Individuen privatnützig „konsumiert“ werden, ist im vorliegenden Kontext nachrangig. Die Bundesrepublik ist ein Sport- und Kulturstaat. Die staatliche Förderung von Sport und Kultur ist kein bürgerferner Selbstzweck; es gibt sie vielmehr um des Individuums willen; sie kommt – zumindest als beabsichtigter Reflex – den Menschen in ihrer Gesamtheit und den die „Allgemeinheit“ (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AO: „Förderung der Allgemeinheit“) bildenden Individuen zugute.

Diese Perspektive ist keineswegs anstößig, sondern zu Recht konsensfähig.

In dem 12. Sportbericht der Bundesregierung¹⁷⁷ heißt es: „Sport ist ein zentraler Bestandteil unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens. Dies gilt für den Spitzensport und den Breitensport“. Der individuelle Nutzen – auch der Freizeitnutzen – für den Einzelnen ist als die „andere Seite der Medaille“ mit der „Förderung im Interesse der Allgemeinheit“ unauflösbar verbunden. Der Sportbericht¹⁷⁸ schreibt hierzu:

„Der Sport ist für den Einzelnen eine wichtige Kraftquelle. Das Erleben individueller sportlicher Fähigkeiten gibt Selbstvertrauen und motiviert zu Leistung und Wettbewerb. Sport ist für viele eine sinnvolle Freizeitbeschäftigung, fördert eine gesunde Lebensführung und stiftet Gemeinschaft.“¹⁷⁹

Der Deutsche Bundestag hat sich ausdrücklich zum Wert des Sports auch für den Einzelnen bekannt:¹⁸⁰

„Sport und regelmäßige Bewegung im Alltag leisten einen grundlegenden Beitrag zu gesunder Lebensführung und sinnvoller, aktiver Freizeitgestaltung. . . . Sport ist neben ausreichender Bewegung im Alltag ein unverzichtbares Element aktiver Gesundheitsvorsorge.“

Der Staat will aus den genannten Gründen des Allgemeinwohls, dass der Breitensport gepflegt und gefördert wird. Dass dies aus der Sicht der Sporttreibenden in deren Freizeit und in „Freizeit-Sportvereinen“ geschieht, ist ein notwendiger Reflex jeglicher Sportförderung, insbesondere der Förderung mit den Mitteln der Sportförderungsgesetze der Länder und auch mit den Instrumentarien des Gemeinnützigkeitsrechts.

3. Vom bisweilen verpönten Freizeitwert des Sports¹⁸¹

Der Freizeitwert des Sports ist unbefangen zu betrachten. Gebietskörperschaften, vor allem die Kommunen, investieren in hohem Maße in Maßnahmen mit reinem Freizeitcharakter wie z.B. in die Einrichtung und Pflege von Sportstätten sowie Naherholungsgebieten ebenso wie in Theater als Regiebetriebe. Die Bereitstellung von Infrastruktur mit selbst hohem Freizeitwert ist staatliche Daseinsvorsorge. Es ist ein öffentliches Anliegen, dass möglichst viele Bürger/Innen in ihrer Freizeit Sport treiben. Im „Weißbuch Sport“ der EU-Kommission¹⁸² heißt es:

„Abgesehen von den positiven Auswirkungen auf die Gesundheit der europäischen Bürger weist der Sport eine erzieherische Dimension auf und erfüllt eine bedeutende gesellschaftliche, kulturelle und freizeitgestaltende Funktion.“

Diese Freizeitbetätigung darf den Menschen Freude bereiten und ist gleichwohl förderungswürdig. Der frühere Richter des BVerfG Udo Steiner¹⁸³ schreibt zum Thema „Sport und Freizeit als Gegenstand staatlich-öffentlichen Handelns“:

„Im Blickpunkt von Bund, Ländern und vor allem von Gemeinden steht . . . längst auch die Gestaltung der Freizeit durch den Bürger ganz allgemein und keineswegs nur insoweit, als Freizeit durch sportliche Betätigung ausgefüllt wird.“

Der Landessportverband Baden-Württemberg e.V.¹⁸⁴ äußert sich wie folgt:

„Der LSV versteht sich aber nicht nur als Interessenvertreter der Sportvereine und Fachverbände, sondern begreift sich von seinem Selbstverständnis her als Anwalt aller Bürger, die in Sport und Bewegung, Spiel und Glück, Freude und Gewinn persönliche Entfaltung suchen.“

Dem ist zuzustimmen. Gemeinwohl und Individualnutzen sind unaufhebbar zwei Seiten einer Medaille. Dies ist nicht anders als im Bereich der Kultur. Will man die staatliche Sportförderung als öffentliche Aufgabe verstehen, ist die Herstellung von (Vereins-)Strukturen in den Blick zu nehmen, ohne die Sport – wie auch damit vergleichbar kulturelles Leben – nicht denkbar ist. Alle immer wieder vorgetragenen Versuche, dem nicht „staatstragenden“ Sport die Gemeinnützigkeit abzusprechen, werden der gesellschaftlichen Bedeutung gerade des Breitensports im Verein nicht gerecht¹⁸⁵. Sie sind unvereinbar mit der verfassungsrechtlichen Ordnung, aber auch mit dem Einigungsvertrag¹⁸⁶ und mit internationalem Recht.¹⁸⁷

Die „Kofinanzierung“ des individuellen Sporttreibens durch die steuerlich nicht absetzbaren Mitgliedsbeiträge und staatliche (Steuer-)Mittel lässt den Aspekt der – unzweifelhaft vorliegenden – Vorteilsgewährung an die Mitglieder bzw. des entgeltlichen Leistungsaustausches in den Hintergrund treten. Dies ist rechtssystematisch zwingend, weil staatliche Sportförderung – mit welchen rechtstechnischen Instrumenten auch immer

– stets beim Sport treibenden Individuum „ankommt“ und diesem einen nicht nur ideellen, sondern je nach Sachlage durchaus bezifferbaren wirtschaftlichen Vorteil zukommen lässt.

4. Sportförderung und Kulturförderung

Umgangssprachlich und rechtlich ist zwischen Sport und Kultur zu unterscheiden. Allerdings lässt sich aus verschiedenen Landesverfassungen auf die Anerkennung des Sports als kulturellen Teilbereich bzw. von Sportstätten als kulturelle Einrichtungen schließen.¹⁸⁸ Der Deutsche Bundestag¹⁸⁹ hat sich dahingehend geäußert, dass Sport in seiner Vielfalt . . . ein Kulturgut von hohem Rang“ ist. Der Deutsche Sportbund¹⁹⁰ hatte in seiner Schrift „Sport in Deutschland“ (2003) den Sport als „Teil der Kultur“ eingestuft. Indes wird die sportliche Betätigung herkömmlich nicht dem Bereich der Kulturpflege zugerechnet, allenfalls den „soziokulturellen Aktivitäten“.¹⁹¹ Jüngst hat die Gruppenfreistellungs-VO (Nr. 651/2014/EU) eine Trennlinie zwischen Sport und Kultur gezogen.

Stadttheater, Opernhäuser oder städtische Symphonieorchester, aber auch kommunale Multifunktionsarenen sind Elemente der kulturellen Infrastruktur, die in der Summe mit anderen Einrichtungen den Kulturstaat konstituieren. Um dessentwillen wird jede Opern- und Theaterkarte mit dreistelligen Eurobeträgen subventioniert – in NRW im Durchschnitt mit 113 Euro je Karte¹⁹² –, wobei die Kultur von denjenigen Bürgern mit deutlichem individuellen Eigeninteresse – konsumiert wird, die das kulturelle Angebot erreicht. In der öffentlichen Diskussion über die Kulturförderung spielt der bei den kulturbeflissenen Bürgern „ankommende“ – höchst individuelle – geldwerte Vorteil keine Rolle; anders eigenartigerweise beim Sport. Roman Seer¹⁹³ sagt zutreffend: Musik, Theater, Ballett oder Literatur sind nicht minder „Freizeitvergnügungen“. „Dass die eine Aktivität ‚schöngeistig‘, die andere nur ‚schweißtreibend‘ ist, rechtfertigt die Unterscheidung sicher nicht.“ Verwirklichung persönlicher Lebensfreude und das Streben nach individueller Lebenserfüllung sind nicht per se gemeinnützigkeitsschädlich. Der gemeinnützige Kammerchor e.V. mag im ureigenen Interesse seiner Mitglieder gegründet sein. Er ist gleichwohl

förderungswürdig, weil die Vielfalt und die Pluralität des Kulturschaffens dem Staat und der Gesellschaft ein Qualitätssiegel aufdrücken: Aktivitäten auf den Gebieten der Kultur und auch des Sports, so Udo Steiner,¹⁹⁴ „bestimmen ganz wesentlich die Aufenthaltsqualität einer Gemeinde, prägen ihr Profil und setzen zugleich kultur- und sozialpolitische Akzente“. Dies gilt ungeachtet des unbestrittenen Umstands, dass in einem freiheitlichen Staat die Freizeitgestaltung die ureigene Angelegenheit des mündigen Bürgers ist.¹⁹⁵ Die Ermöglichung kultureller wie sportlicher Partizipation ist „in einem freiheitlichen Staat durchaus eine staatliche Aufgabe“.¹⁹⁶

Der Laienchor ist Bestandteil des Kulturlebens, dessen Vielfalt durch die Förderung einzelner Chorgruppen gemehrt wird. Er ist zugleich Mittelpunkt einer – sinnvollen – Freizeitbetätigung von Individuen. Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages hat dies in ihrem Bericht „Förderung des bürgerschaftlichen Engagements“ wie folgt beschrieben¹⁹⁷:

„Ein weiterer wichtiger, traditionsreicher Bereich bürgerschaftlichen Engagements in der Kultur ist die kulturelle Aktivität von Laien. Insbesondere in der Musik haben sich vielfältige Formen herausgebildet. Allein im Bereich des vokalen Laienmusizierens ist dabei von 3,3 Millionen Mitgliedern in ca. 60.000 Chören auszugehen, während in Vereinen des instrumentalen Laienmusizierens bundesweit ca. 1,8. Millionen Menschen organisiert sind. . . Die Vereine hatten und haben vielfach eine Doppelfunktion: Sie sind zum einen dem Bereich von Freizeit und Geselligkeit zuzurechnen, zum anderen decken sie gerade im ländlichen Raum einen Teil der kulturellen Grundversorgung ab.“

Weiterhin formuliert die Enquete-Kommission¹⁹⁸:

„Der Verein ist nach wie vor die dominierende Rechtsform der Selbstorganisation des bürgerschaftlichen Engagements. Lange Zeit wurde der Verein, abgedrängt in die Freizeit- und Hobbyecke, kaum beachtet und vielfach mit dem Etikett der Spießigkeit und der Vereinsmeierei versehen. . . . In den letzten Jahren sind die Vereine als Potentiale der Bürgergesellschaft wiederentdeckt worden. Sie gelten als ‚Schule der Demokratie‘ und zivilgesellschaftlicher Tugenden. Die Vereine gehören zu den zivilgesellschaftlichen Formen, in denen sich sozialgesellschaftliches

Kapital bilden und vermehren kann. Es gibt eine ‚neue Attraktivität des Vereins‘, als alter, aber immer noch einzigartiger Form der Selbstermächtigung der Bürgergesellschaft.“

Im Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements¹⁹⁹ hat die Bundesregierung dieses Problem aufgegriffen mit dem Ziel, „die für den Erhalt der lebendigen und vielfältigen Kulturlandschaft Deutschlands unverzichtbaren Instrumente der Förderung – wie z.B. die Mitgliedschaft in Kulturfördervereinen – zu stärken“.

5. Die gebotene Abwägung

Es wäre verfehlt, Steuervergünstigungen und sonstige Förderungen allein unter dem Gesichtspunkt der Staatsnützlichkeit bzw. der Staatsentlastung zu bewerten. Der Staat hat ein elementares Interesse daran, dass sich bestimmte das Gemeinwohl mehrende Strukturen entfalten oder dass der Bürger mit der Wahrnehmung eines Ehrenamtes seine „Freizeit spendet“, wobei zur Vermeidung von Fehlanreizen und des zielgerichteten Einsatzes von Fördergeldern körperschaftlich verfasste Rechtsträger die Destinatäre der Förderung sind. Der Freizeitaspekt – die sinnvolle Gestaltung der Freizeit, z.B. beim Schutz der Umwelt ebenso wie dem Schutz von Denkmälern oder beim Musizieren in einer Kantorei – muss notwendigerweise, will man nicht jegliche bürgerschaftliche Aktivität als Gegenstand staatlicher Regelung negieren, „ausgeblendet“ werden. Ehrenamtliche Rettungssanitäter finden in ihrer Tätigkeit ebenso persönliche Erfüllung wie die ehrenamtlichen Vereinstrainer.

Die Gegner dieser Auffassung verkennen „das Wesen“ der Gemeinnützigkeit. Das „Gemeinwohl“ ist kein von den Bürgern zu abstrahierendes Ideal, sondern konkretisiert sich im Nutzen für die Individuen, die allesamt die Allgemeinheit darstellen. Der Staat will, dass Sport betrieben wird, dass „Kultur“ stattfindet. Hierfür stellt er Infrastruktur als „öffentliches Gut“ bereit für den optionalen „Konsum“ durch den Bürger. Udo Steiner²⁰⁰ schreibt zum „Kern der Philosophie der staatlichen Sportförderung in Deutschland“:

„Die Bundesrepublik – als Gesamtstaat und als Gesamtstaat der Länder – ist von der Vorstellung bestimmt, dass ihre Leistungsfähigkeit unteilbar ist,

sich ausdrückt in wirtschaftlichen, sozialstaatlichen, kulturellen, ingenieurtechnischen Leistungen, aber auch in den Leistungen des nationalen Sports.“

6. Subjektförderung statt Objektförderung?

Verschiedentlich wird kritisiert, dass die öffentliche Finanzierung von Sportangeboten in Form der einseitigen und pauschalen Subventionierung selbstverwalteter Sportanbieter (Objektförderung) geschieht. Diese sei in verteilungspolitischer Hinsicht wenig zielgenau und führe in allokativer Hinsicht zu einer Verzerrung des wettbewerblichen Marktprozesses. Deshalb wird als alternative Finanzierungsform die Subjektförderung erörtert²⁰¹. Dieser Frage soll hier nicht nachgegangen werden.

II. Sportförderung im rechtlich verfassten Sportstaat

1. Grundsätze

Die deutsche Rechtsordnung ist „sportfreundlich“.²⁰² Sportförderung ist keine staatliche Pflichtaufgabe²⁰³. Sie ist aber ebenso wie die Förderung der Kultur eine sog. konkurrierende, in rechtlicher Hinsicht freiwillige²⁰⁴ Gemeinwohlaufgabe, die dadurch gekennzeichnet ist, dass Staat und Gesellschaft nebeneinander zur Aufgabenerfüllung berufen sind – im Falle der Sportförderung freilich unter Wahrung der Autonomie des verbandsmäßig organisierten Sports und der Subsidiarität der staatlichen Förderung (unten Abschnitt V.). Der Sport ist jedenfalls *politisch* unbestrittene Staatsaufgabe²⁰⁵. Zwar ist die Sportförderung bislang bundesrechtlich nicht durch eine diesbezügliche Staatszielbestimmung²⁰⁶ geadelt worden.²⁰⁷ Die Art. 32, 91a, 91b, 104a GG ermöglichen sportbezogene (Finanzierungs-)Aktivitäten des Bundes. Die meisten Landesverfassungen enthalten Sportförderklauseln, die den Sport der Kunst und Kultur gleichstellen.²⁰⁸ Z.B. hat das Land Baden-Württemberg den Sport in Art. 3c Abs. 1 der Landesverfassung wie folgt verankert: „Der Staat und die Gemeinden fördern das kulturelle Leben und den Sport unter Wahrung der Autonomie der Träger.“ Udo Steiner²⁰⁹ resümiert: Die Bundesrepublik ist ein Sportstaat,²¹⁰ „unbestrittenerweise dank

umfassender Sportförderaktivitäten von Bund, Ländern und Gemeinden nicht weniger als ein Kulturstaat“.

2. Sportförderung durch den Bund

Den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend konzentriert sich die Sportförderung des Bundes auf den Spitzensport sowie auf solche herausragenden Aktivitäten, an denen vor allem aus Gründen der Außenrepräsentanz ein gesamtstaatliches Interesse besteht.²¹¹ Der „medaillenträchtige“ Hochleistungssport trägt zur politischen und nationalen Selbstdarstellung nach innen und außen bei.²¹² Aus gesamtstaatlicher Verantwortung für den Sport widmet sich der Bund ergänzend solchen Aufgabenstellungen, die die Rahmenbedingungen für eine angemessene Entwicklung des Breitensports begleiten und verbessern.²¹³ Denn der Spitzensport rekrutiert sich aus der durch die Jugendarbeit und dem nationalen Breitensport hervorgegangenen Leistungselite. Ohne Breitensport gibt es weder Leistungssport noch Spitzensport.²¹⁴

Der Einigungsvertrag enthält eine Verpflichtung zur Förderung des Sports einschließlich des Spitzensports in den neuen Bundesländern, ferner ein Bekenntnis zur Autonomie des Sports:

„Art. 39 Sport

(1)Die in dem in Artikel 3 genannten Gebiet in Umwandlung befindlichen Strukturen des Sports werden auf Selbstverwaltung umgestellt. Die öffentlichen Hände fördern den Sport ideell und materiell nach der Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes.

(2)Der Spitzensport und seine Entwicklung in dem in Artikel 3 genannten Gebiet wird, soweit er sich bewährt hat, weiter gefördert. Die Förderung erfolgt im Rahmen der in der Bundesrepublik Deutschland bestehenden Regeln und Grundsätze nach Maßgabe der öffentlichen Haushalte in dem in Artikel 3 genannten Gebiet (. . .)“

3. Sportförderung durch die Länder

Für die Basis des Sports in allen seinen Erscheinungsformen und

insbesondere für den Breitensport sind die Länder zuständig und – neben den Gemeinden – in einer umfassenden politischen, rechtlich verankerten Verantwortung. Die Länder organisieren die Vergabe öffentlicher Mittel vor allem für den Breitensport durch Sportfördergesetze²¹⁵ oder Sportförderrichtlinien. Nahezu alle Länder haben in ihren Landesverfassungen Sportförderklauseln aufgenommen mit der freilich umstrittenen Wirkung einer objektivierten staatlichen Verpflichtung²¹⁶. Die Verfassung des Landes Brandenburg legte – als erste Landesverfassung – in Art. 35 (Abschnitt „Bildung, Wissenschaft, Kunst, Sport“) fest:²¹⁷

„Sport ist ein förderungswürdiger Teil des Lebens. Die Sportförderung des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände ist auf ein ausgewogenes und bedarfsgerechtes Verhältnis von Breitensport und Spitzensport gerichtet. Sie soll die besonderen Bedürfnisse von Schülern, Studenten, Senioren und Menschen mit Behinderungen berücksichtigen.“

Diesem Beispiel sind alle Landesverfassungen gefolgt,²¹⁸ ausgenommen die des Stadtstaats Hamburg.²¹⁹ Mit Ausnahme der Länder Berlin und Schleswig-Holstein stellen alle Länder bindende Staatsziele mit entsprechender Förderung und teilweise auch Schutzpflichten auf.²²⁰ Nach Art. 126 Abs. 1 der Verfassung des Freistaates Bayern gehört die „Erziehung der Kinder zu leiblicher Tüchtigkeit“ zu den Bildungs- und Erziehungszielen²²¹; die Eltern „sind darin durch Staat und Gemeinden zu unterstützen.“ Art. 83 Abs. 1 der bayerischen Verfassung weist die „körperliche Ertüchtigung der Jugend“ den Gemeinden als Angelegenheit ihres eigenen Wirkungskreises zu. Art. 140 Abs. 3 bestimmt: „Das kulturelle Leben und der Sport sind von Staat und Gemeinden zu fördern.“

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ist die Aufnahme der Kultur und des Sports in das Grundgesetz erörtert worden.²²² Dieser Frage soll hier nicht nachgegangen werden.

Nach einhelliger Auffassung ergeben sich aus einer verfassungsrechtlichen „Förderempfehlung ohne Zielvorgabe“ (Götz Schulze) keine subjektiven Rechte von Bürgern. Dem Gesetzgeber steht es frei, die Vergabe der Mittel an konkrete Bedingungen zu knüpfen „und dadurch indirekt auf die Regeln der Mittelverwendung bei Verband und Verein Einfluss zu

nehmen“.²²³ Daher ist die Förderung i.d.R. mit Auflagen zur Einhaltung internationaler Standards und vor allem der nationalen und internationalen Anti-Doping-Regeln geknüpft.

Die Länder fördern im Rahmen ihrer Kernkompetenz für den Sport schwerpunktmäßig den Bau von Sportstätten, den Schul- und Hochschulsport und institutionell sowie projektgebunden die Sportorganisationen.²²⁴ Die Schaffung von Sportinfrastruktur ist schwerpunktmäßig Gegenstand der Beihilfeaufsicht durch die EU-Kommission; die AGVO knüpft hieran an.

4. Sportförderung durch die Kommunen

Das kommunale Aufgabenfeld²²⁵ lässt sich u.a. wegen des aus Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG folgenden Universalitätsprinzips nicht abschließend umschreiben. Die freiwilligen Aufgaben können sehr unterschiedlich gestaltet sein. Die Sportförderung kann sich auf die Freigabe einer Wiese zum Fußballspielen beschränken und bis zur Vorhaltung eines Schwimmstadions, einer Eissporthalle, eines Fußballstadions usw. reichen.²²⁶ Der Sport gehört zur gemeindlichen Daseinsvorsorge.²²⁷ Jede zweite Nonprofit-Organisation profitiert davon, dass die Kommune Infrastrukturen wie Räume und Sportanlagen, Sachspenden und Personalleistungen bereitstellt.²²⁸ In ihrer Entscheidung zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins hat die EU-Kommission die rechtliche Beziehung zu Art. 106 AEUV hergestellt (Kap. G. V. 6.). Sie erkennt an, dass traditionell „die regionalen Akteure (Gemeinden und Regionen) eine entscheidende Rolle bei der Finanzierung des Sports“ spielen.²²⁹

5. Zur Rechtsgrundlage: Sportförderung nur aufgrund von Sportfördergesetzen?

Das Land Baden-Württemberg hat kein Sportförderungsgesetz.²³⁰ Es fördert den Sport auf der Grundlage des „Solidarpakts Sport II“.²³¹ Die Kommunen ihrerseits fördern auf der Grundlage von Haushaltsbeschlüssen und Richtlinien. Es wird hingewiesen auf die Antwort der Bundesregierung vom 26. 07. 2011 auf eine Kleine Anfrage der SPD-

Fraktion „Die Bedeutung des Sports in der Politik der Bundesregierung“²³².

40. Wie bewertet die Bundesregierung Forderungen nach einem Sportfördergesetz?

Kann ein Sportfördergesetz ein tragbares Instrument zur langfristigen Sicherung der öffentlichen Mitfinanzierung des Sports sein?

Antwort: Es wird keine Notwendigkeit gesehen, die Sportförderung des Bundes im Rahmen eines Sportfördergesetzes zu regeln. Die bisherige Förderpraxis erfolgt auf der Grundlage der Bundeshaushaltsordnung und des jeweils gültigen Haushaltsgesetzes sowie entsprechender Förderrichtlinien und hat sich bewährt. Dem Gesetzgeber steht im Rahmen der Haushaltsgesetzgebung ein umfassendes Instrumentarium zur Verfügung, um auf die Mittelbereitstellung für die Sportförderung Einfluss zu nehmen. Die Förderrichtlinien regeln detailliert die Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistungssportförderung.

III. Sport in der EU – Art. 165 AEUV²³³

Die den Sport betreffende Erklärung Nr. 29 zum Vertrag von Amsterdam (1997) lautete wie folgt:

„Die Konferenz unterstreicht die gesellschaftliche Bedeutung des Sports, insbesondere die Rolle, die dem Sport bei der Identitätsfindung und der Begegnung der Menschen zukommt. Die Konferenz appelliert daher an die Gremien der Europäischen Union, bei wichtigen, den Sport betreffenden Fragen die Sportverbände anzuhören. In diesem Zusammenhang sollten die Besonderheiten des Amateursports besonders berücksichtigt werden.“

Die wichtige Rolle des Sports in der europäischen Gesellschaft und seine Besonderheit wurden im Dezember 2000 in der „Erklärung über die im Rahmen gemeinsamer Politiken zu berücksichtigenden besonderen Merkmale des Sports und seine gesellschaftliche Funktion in Europa“ („Erklärung von Nizza“) anerkannt.²³⁴ Bereits damals war es einhellige Auffassung, dass zu diesen das Ehrenamt und die autonome Rechtsetzung gehören. Dort heißt es, dass die Verantwortung für die sportlichen Belange in erster Linie bei den Sportorganisationen und den Mitgliedstaaten liegt, wobei den Sportverbänden eine zentrale Rolle zukommt. Im Jahre 2003

wurde im Rahmen eines Ministertreffens die „Aarhus-Erklärung zur Freiwilligenarbeit im Sport“ verabschiedet.²³⁵ Die EU wurde aufgefordert, unter Beachtung des europäischen Vertragsrechts ihre Aufmerksamkeit auf die Merkmale des Amateursports, die sozialen, pädagogischen und kulturellen Funktionen des Sports und auf die Beibehaltung ehrenamtlicher Strukturen zu richten.

In ihrem „Weißbuch Sport“²³⁶ resümiert die EU-Kommission: „Die europäischen Institutionen haben die spezifische Rolle des auf ehrenamtlichen Strukturen basierenden Sports für Gesundheit, Erziehung, soziale Eingliederung und Kultur in der europäischen Gesellschaft anerkannt.“ Das Weißbuch Sport hebt hervor, dass der Sport „ein wachsendes gesellschaftliches und wirtschaftliches Phänomen“ ist, „das einen wichtigen Beitrag zu den strategischen Zielen der EU Solidarität und Wohlstand leistet“. Er biete vielfältige Möglichkeiten, die Bürgerinnen und Bürger der Europäischen Union unabhängig von Alter und sozialer Herkunft zusammenzubringen. Der Sport habe sowohl eine wichtige gesellschaftliche Rolle aufgrund seiner positiven Wirkung auf die öffentliche Gesundheit, soziale Integration und Bildung als auch eine wirtschaftliche Dimension.

Die EU-Kommission hat in ihrem „Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission Folgenabschätzung - Begleitdokument zum Weißbuch Sport“ v. 11.07.2007²³⁷ die folgenden „Themen im Zusammenhang mit der gesellschaftlichen Rolle des Sports“ definiert:

- Gesundheitswesen und körperliche Bewegung (z.B. mangelnde körperliche Betätigung und Auftreten von Übergewicht und Adipositas, Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Arthrose mit direkten und indirekten Risiken für Gesellschaft und Einzelpersonen);
- Bekämpfung von Doping (z.B. Bedrohung für die individuelle und öffentliche Gesundheit, für das Prinzip des offenen und gleichberechtigten Wettbewerbs sowie für das Image des Sports);
- Erziehung und Schulung (z.B. Werte, die über körperliche Aktivität und Sport vermittelt werden, werden nicht ausreichend in der Erziehung berücksichtigt; die für körperliche Aktivität und Sport aufgewendete Zeit ist weniger als suboptimal und könnte mit vertretbaren Kosten verbessert werden; europäische

Weiterbildungssysteme werden nicht angemessen umgesetzt, sodass die hohe Mobilität im Sportsektor nicht erreicht wird; mögliche Diskriminierungen können aufgrund der Quoten für lokal ausgebildete Spieler entstehen);

- Ehrenamt im Sport, aktive Bürgerschaft und gemeinnützige Vereine (z.B. neue Trends bei der Beteiligung am Sport, schwindende Zahl ehrenamtlich Tätiger für Amateursportvereine und sinkende durchschnittliche Dauer des Engagements Ehrenamtlicher in einem Verein, Finanzierung gemeinnütziger Sportorganisationen, fehlende EU-weite Vergleichsdaten);
- Soziale Einbindung in und durch den Sport (z.B. Diskriminierung unterrepräsentierter Gruppen beim Zugang zu sportlichen Tätigkeiten; ungenutztes Potential des Sports als Instrument zur Förderung des sozialen Zusammenhalts und der sozialen Einbindung; fehlende EU-weite Vergleichsdaten);
- Kampf gegen Gewalt und Rassismus im Sport (z.B. gefährdet die große Zahl gewalttätiger und rassistischer Verhaltensweisen die Rolle des Sports, zu den positiven Werten beizutragen, die über ihn vermittelt werden. Außerdem stellen diese Verhaltensweisen eine Herausforderung für die fundamentalen Werte der europäischen Integration dar).
- Sport in seiner Außenwirkung (z.B. wird das Potential des Sports nicht genutzt, das dazu beizutragen könnte, dass die EU-Ziele hinsichtlich Drittstaaten erreicht werden, besonders bezüglich der Entwicklungspolitik, und auch bei der Kooperation mit internationalen Organisationen);
- Nachhaltige Entwicklung (z.B. Verhinderung potenzieller Umweltschäden durch Ausübung von Sport, durch Sportanlagen und Sportveranstaltungen).

Seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 01.12.2009 ist der Sport im europäischen Primärrecht ausdrücklich verankert. Gemäß Artikel 165 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) trägt die EU „zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei und berücksichtigt dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf Freiwilligkeit basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion“.

Die Tätigkeit der EU dient der Entwicklung der europäischen Dimension des Sports

„durch Förderung der Fairness und der Offenheit von Sportwettkämpfen und der Zusammenarbeit zwischen den für den Sport verantwortlichen Organisationen sowie durch den Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit der Sportler, insbesondere der jüngeren Sportler“.

Mit der Aufnahme des Sports in den Lissabon-Vertrag hat die Europäische Sportpolitik an Bedeutung gewonnen. Viele EU-Institutionen haben sich auf Basis dieser Rechtsgrundlage neu positioniert. Zu nennen sind insbesondere: Die Mitteilung der Europäischen Kommission zur „Europäischen Dimension des Sports“ (Januar 2011), der Arbeitsplan der EU-Sportminister (Mai 2011) und der „Fisas-Bericht“ des Europäischen Parlaments zur „Europäischen Dimension des Sports“ (Februar 2012).²³⁸ Das angekündigte „Weißbuch Sport II“ ist noch nicht veröffentlicht. Die Mitteilung der EU-Kommission zur Entwicklung einer europäischen Dimension des Sports v. 18.01.2011²³⁹ enthält ein politisches Programm zum Sport; hier stehen die Bekämpfung des Doping und die Gewaltprävention im Mittelpunkt. Zu erwarten ist eine Koordinierung der nationalen Sportpolitiken.²⁴⁰

Die durch Art. 165 AEUV begründete neue Zuständigkeit der EU „bereitet die Rahmenbedingungen für zukünftige EU-Handlungen und ist richtungweisend für die Förderung des Sports in der ganzen EU und für die Entwicklung der europäischen Dimension im Sport.“²⁴¹ In der Entschließung des Rates v. 10.06.2011²⁴² wurden die Mitgliedstaaten, der Ratsvorsitz und die Kommission dazu aufgefordert, auf der Grundlage vereinbarter Leitprinzipien zusammenzuarbeiten, bestimmte prioritäre Themen zu behandeln („Integrität des Sports“, „gesellschaftlicher Wert des Sports“, „wirtschaftliche Aspekte des Sports“) und konkrete Maßnahmen umzusetzen. Der Bericht der EU-Kommission v. 24.01.2014 beruht u.a. auf Berichten von Expertengruppen sowie Berichten aller Mitgliedstaaten.²⁴³

Aufgrund des Lissabon-Vertrags wandelte der Ministerrat die vormals informellen Sportministertreffen der Mitgliedstaaten in neue, offizielle Arbeitstreffen mit neuen Entscheidungsstrukturen um. Seit Ende 2010 kommen die EU-Sportminister pro EU-Ratspräsidentschaft i. d.R. zweimal

zusammen. Man hat sich auf die folgenden Schwerpunktthemen der europäischen Sportpolitik geeinigt:

- Integrität des Sports (Dopingbekämpfung, Bekämpfung von Wettbetrug und Wettmanipulationen), Förderung transparenter Strukturen und verantwortungsbewusster Führung in Sportorganisationen inklusive Spielertransfers und Spielervermittler;
- Soziale Werte des Sports (Gesundheit, soziale Einbeziehung, Ausbildung, Ehrenamt);
- Wirtschaftliche Aspekte des Sports (nachhaltige Finanzierung des Breitensports, Datenbeschaffung zur wirtschaftlichen Bedeutung des Sports).

Zu letzterem Stichwort s. unten Abschn. VI.

Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen sind die Träger des Sports, soweit sie als Unternehmer wirtschaftliche Leistungen erbringen, nicht a limine von der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts und vor allem des Beihilferechts der Art. 107 ff. AEUV befreit. Soweit indessen – offenbar von interessierter Seite²⁴⁴ – die Auffassung vertreten wird, dass sich aus Art. 165 AEUV keine Auswirkungen auf das EU-Beihilferecht ergeben, ist dem nicht zu folgen; die ausdrücklich gegenteiligen Bemerkungen der EU-Kommission in der Kletterhallen-Entscheidung widerlegen dies (Kap. G. V.8.). Der besonderen Bedeutung des Sports ist jedenfalls bei der Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV Rechnung zu tragen (hierzu Kap. G.XII.).

Zwar vertritt der EuGH die Auffassung, dass die Tätigkeiten auch von Sportorganisationen unter das Gemeinschaftsrecht und insbesondere unter das EU-Wettbewerbsrecht fallen.²⁴⁵ Der Umstand, dass eine Tätigkeit eine Verbindung zum Sport aufweist, steht der Anwendung der Regelungen des Vertrags einschließlich des Wettbewerbsrechts nicht entgegen.²⁴⁶ Dies gilt vor allem für die marktrelevante Veranstaltung von Sportereignissen. Allerdings hält der EuGH auch eine Trennung des wirtschaftlichen Charakters der sportlichen Tätigkeit von ihren sportlichen Aspekten für rechters.²⁴⁷ Denn die Förderpolitik nach dem AEUV nehme nicht nur den wirtschaftlichen Aspekt des Sports in den Blick, sondern seine „besonderen Merkmale“ (Art. 165 Abs. 1 AEUV), also sein nichtkommerzielles Proprium, mithin die auf freiwilligem Engagement

beruhenden Strukturen „und – damit einhergehend – seine soziale und pädagogische Funktion. Dies zu fördern kann in der Tat integrationsstiftende gesellschaftspolitische Wirkung haben“²⁴⁸.

Der Rat der EU und die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten haben sich in der EntschlieÙung v. 21.05.2014²⁴⁹ zum Arbeitsplan der EU für den Sport (2014-2017) ebenfalls mit dessen nachhaltiger Finanzierung befasst. Im Anhang I wird für das Schwerpunktthema „nachhaltige Finanzierung des Sports“ die Zielvorgabe wie folgt definiert:

„Ausarbeitung von praktischen Orientierungshilfen zu den Möglichkeiten der Förderung transparenter langfristiger Investitionen im Sport, u. a. mit EU-Mitteln, auf der Grundlage der 2012 erstellten Empfehlungen zur nachhaltigen Finanzierung des Sports, unter anderem durch staatliche Beihilfen (1. Jahreshälfte 2016).“

Der Deutsche Bundestag²⁵⁰ unterstützt die durch den Vertrag von Lissabon angestoÙene Entwicklung einer Förderung der europäischen Dimension des Sports. Er hat hierzu beschlossen:

„Fairness, Offenheit von Sportwettkämpfen und die Zusammenarbeit zwischen den für den Sport verantwortlichen Organisationen sowie der Schutz der körperlichen und seelischen Unversehrtheit der Sportler, insbesondere der jüngeren Sportler, müssen auch auf europäischer Ebene die Sportpolitik bestimmen. Die EU soll die Besonderheit des Sports, die auch der durch den Vertrag von Lissabon vorgesehene neue Artikel 165 AEUV berücksichtigt, und damit die freiwillige Selbstorganisation und die Autonomie des Sports sowie die soziale und pädagogische Funktion des Sports anerkennen.“

IV. Der Europarat und der Sport

Der Europarat hat die Deklaration von Nizza beschlossen.²⁵¹ Er ist Träger der „Sportministerkonferenzen des Europarates“. Themen der Sportministertreffen sind u.a. Ethik und Autonomie des Sports (hierzu nachfolgend).²⁵² Die „Europäische Charta über Sport für alle“ hat der Europarat im Jahre 1976 verabschiedet. Die „Neue Europäische Sport-Charta“ ist zuletzt im Jahre 2001 überarbeitet worden.²⁵³ Das Dokument

wird ergänzt um einen „Kodex zur Ethik im Sport“.²⁵⁴ Es gibt ferner eine Empfehlung Rec (2003)6 des Ministerkomitees zur Verbesserung des Zugangs zu Turnunterricht und Sport für Kinder und Jugendliche in allen europäischen Staaten. Formuliert sind allgemein-europäische Prinzipien im Bereich der Sportpolitik und -praxis: Gleichheit; Solidarität; Toleranz; Sicherheit; Achtung ethischer Werte und der Menschenwürde.

V. Die tragenden Prinzipien der Sportförderung

1. Übersicht

Wenn es z.B. in Art. 165 AEUV heißt, dass „die besonderen Merkmale des Sports“ zu berücksichtigen sind, wird unzweifelhaft Bezug genommen auf den Grundsatz der Autonomie und auf das Ehrenamt. Die Sportförderung orientiert sich an drei Prinzipien, welche das Verhältnis von Sport und Staat umschreiben:

- Autonomie: Dieses Prinzip sichert den Sportorganisationen einen weiten, grundsätzlich abgesicherten Freiheitsraum. Die Unabhängigkeit und Selbstverwaltung ermöglicht Sportverbänden und Sportvereinen, selbständig gemäß dem Willen ihrer jeweiligen Mitglieder zu handeln. Sie sind frei in ihren Entscheidungen, wählen ihre Führung ohne staatliche Beeinflussung und regeln ihre Probleme eigenständig.²⁵⁵
- Partnerschaftliche Zusammenarbeit: Diese ist eine Grundlage für Konzeptionen und Abstimmungen, wenn es um die Lösung gesellschaftlicher Aufgaben und Probleme geht, bei der alle Institutionen zwecks Verwirklichung und Mehrung des Gemeinwohls „an einem Strang ziehen“ müssen.²⁵⁶
- Subsidiarität:²⁵⁷ Die ideelle und materielle Förderung des Sports durch den Staat setzt dort ein, wo die eigenen Kräfte des Sports nicht ausreichen, die ihm zufallenden gesellschaftlichen Aufgaben zu erfüllen. Nach der Förderpraxis der öffentlichen Zuwendungsgeber haben staatliche Zuschüsse lediglich subsidiären Charakter. Die Organisationen müssen zunächst ihre eigenen Finanzierungsmöglichkeiten ausschöpfen, bevor sie eine öffentliche Förderung in Anspruch nehmen können. In diesem Sinne ist die

staatliche Sportförderung Hilfe zur Selbsthilfe.

2. Autonomie des Sports

„Konkurrierende“ Gemeinwohlaufgaben können vom Staat und der Zivilgesellschaft wahrgenommen werden. Bei den pluralistischen Gemeinwohlaufgaben ist es allein die Zivilgesellschaft, die in eigener Verantwortung Gemeinwohl generiert, weil dem Staat eine direkte Förderung aus Gründen der Neutralität gegenüber der Grundrechtswahrnehmung seiner Bürger untersagt ist. Der Staat fördert außerhalb des staatlich Organisierbaren, aber im Rahmen staatlicher Gemeinwohlverantwortung private – individuelle und kollektive – Aktivitäten gemeinnütziger Bürger zwecks Entstehenssicherung grundrechtlich-freiheitlicher Betätigung. Es geht um das Verhältnis von „ermöglichendem“ / „aktivierendem“ Staat und „vorherig“ existierender Zivilgesellschaft.

Udo Steiner²⁵⁸ bemerkt zu Recht: Für Vereine und Verbände, die in der Bundesrepublik schwerpunktmäßig den Sport einschließlich des Spitzensports tragen, ist die Freiheitsgarantie des Art. 9 Abs. 1 GG von fundamentaler Bedeutung. „Es ist der vereins- und verbandsmäßig organisierte Sport, der als Sportgemeinschaft sportbezogene Werte und sportbezogene Maßstäbe hervorbringt.“

Die Autonomie des Sports wird im „Weißbuch Sport“ der EU-Kommission anerkannt:²⁵⁹ Die „Besonderheit des europäischen Sports“ und der „europäischen Sportstrukturen“ werden u.a. betrachtet

„im Hinblick insbesondere auf die Autonomie und Vielfalt der Sportorganisationen, die Pyramidenstruktur der Wettkämpfe vom Breiten- bis hin zum Spitzensport, organisierte Solidaritätsmechanismen zwischen den verschiedenen Ebenen und Beteiligten, die Organisation des Sports auf nationaler Basis, und den Grundsatz eines einzigen Verbands pro Sportart.“

Auch Art. 11 EMRK („Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit“) garantiert den Sportverbänden Autonomie. Deshalb sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Wettbewerbsregeln der Art. 107 f. AEUV grundsätzlich die Besonderheiten des Sports zu beachten.

In seinem Beschluss v. 02.07.2009 (oben II.) bekennt sich der Deutsche Bundestag ausdrücklich zur Autonomie des Sports. Die Autonomie hat die Bundesregierung auch in ihrem 12. Sportbericht²⁶⁰ festgeschrieben:

„Jede sportpolitische Maßnahme muss in Anerkennung der Unabhängigkeit und des Selbstverwaltungsrechts des Sports erfolgen, der sich selbst organisiert und seine Angelegenheiten in eigener Verantwortung regelt. Dies erfordert einen weiten, grundrechtlich abgesicherten Freiraum für die Verbände und Vereine und die in ihnen organisierten Mitglieder.“

Die Autonomie der Sportverbände und -vereine umfasst das Recht, die Finanzierung der ideellen Tätigkeit zu organisieren und zu finanzieren. Hier kann der Staat – auch nicht mittels des Steuerrechts – lenkend hineinregieren.²⁶¹ Dies hat Bedeutung für die Frage, ob wirtschaftlich tätigen Vereinen, die Finanzmittel für ihre ideelle Sphäre erwirtschaften, die Rechtsform des e.V. vorenthalten werden kann (unten Kap. J.).

3. Partnerschaft zwischen öffentlicher Hand und autonomem Sport

Zum „Leitbild des deutschen Sports“ führt der Deutsche Olympische Sportbund (DOSB) aus:

„Die Vereine und Verbände des Sports bekennen sich zu einem humanistisch geprägten Menschenbild und zum Fairplay. Ihr Sportangebot dient dem Menschen zur bewegungs- und körperorientierten ganzheitlichen Entwicklung der Persönlichkeit und strebt Gesundheit in physischer, psychischer und sozialer Hinsicht an. Gesundheitsorientierter Sport ist ein fester Bestandteil des Angebots der Mitgliedsorganisationen. Insbesondere für Kinder und Jugendliche stellt der Verein – in Ergänzung zu Familie und Schule – ein wesentliches Element zum Erlernen sozialer Kompetenz dar. Gleichzeitig setzen sich Verbände und Vereine für die umfassende Berücksichtigung von Bewegung, Spiel und Sport im Bildungsbereich ein. Zum Sportverständnis gehören die Freude an körperlicher Leistung, das Bedürfnis nach Vergleich und die für den Einzelnen wie für die Gemeinschaft identitätsstiftende Wirkung des Wettkampfsports.“

Diese Zwecksetzung und die Organisation im Rechtsrahmen der

Gemeinnützigkeit rechtfertigen die Partnerschaft zwischen dem Staat und dem in Vereinen / Verbänden organisierten Sport. Die Autonomie des Sports, die Zusammenarbeit des Staates mit „geeigneten“ (*appropriate*) Organisationen und das Prinzip der Ehrenamtlichkeit sind in der Europäischen Sportcharta des Europarates vom 24.09.1992 (hierzu [S. 82](#)) formuliert:

Article 1 Aim of the Charter

Governments, with a view to the promotion of sport as an important factor in human development, shall take the steps necessary to apply the provisions of this Charter in accordance with the principles set out in the Code of Sports Ethics in order:

. . . and, in cooperation (!) with the appropriate (!) sports organisations,

c. to ensure that everyone with the interest and ability should have the opportunity to improve their standard of performance in sport and reach levels of personal achievement and/or publicly recognised levels of excellence . . .

Article 3 The Sports Movement

1. The role of the public authorities is primarily complementary (!) to the action of the sports movement. Therefore, close co-operation with non-governmental sports organisations is essential in order to ensure the fulfilment of the aims of this Charter, including where necessary the establishment of machinery for the development and co-ordination of sport.

2. The development of the voluntary ethos (!) and movement in sport shall be encouraged, particularly through support for the work of voluntary sports organisations.

3. Voluntary sports organisations have the right to establish autonomous decision-making processes within the law. Both governments and sports organisations shall recognise the need for a mutual respect of their decisions

Es liegt auf der Hand, dass die Staaten bei der Frage, was „geeignete Organisationen“ sind, ein weites Einschätzungsermessen haben. Sie können der Natur der Sache nach vorrangig mit den Non-Profit-

Organisationen des Dritten Sektors zusammenarbeiten. Die Sportcharta hat zum Ziel, die Möglichkeit zur Teilnahme am Sport zu gewährleisten und die ethischen Grundwerte des Sports zu wahren. Nach der Charta steht das Regelungsprimat den Sportverbänden zu; das Subsidiaritätsprinzip ist zu wahren.

Die strukturelle Distanz zwischen dem Staat und dem zivilgesellschaftlich organisierten Dritten Sektor wird überbrückt durch eine institutionell abgesicherte Partnerschaft. Im 10. Sportbericht der Bundesregierung 2002²⁶² heißt es:

„Das Staatswesen in der Bundesrepublik Deutschland braucht den Sport und die ihn tragenden Sportorganisationen, da sie für die Stabilisierung und Wohlfahrt der Gesellschaft gerade angesichts eines beschleunigten sozialen Wandels unverzichtbare Leistungen erbringen. Staatliche Förderung subventioniert nicht den individuellen Konsum, sondern unterstützt die gesellschaftspolitischen Effekte des Sports. Die Bundesregierung richtet ihre Politik auf die Entfaltung und Stärkung dieser positiven Funktionen.“

Auf der Webseite des Bundesministers des Innern²⁶³ steht zu lesen: Zwischen dem organisierten Sport und seinen Verbänden, welche die Interessen von ca. 91.000 Vereinen und rund 27 Mio. Mitgliedern unabhängig und in eigener Verantwortung vertreten, und dem Bund „besteht eine von Vertrauen geprägte faire Partnerschaft“. Z.B. richtet sich die Landessportförderung im Freistaat Sachsen nach der Sportförderrichtlinie²⁶⁴ auf der Grundlage der Sportförderkonzeption des Landes und nach dem Zuwendungsvertrag mit dem Landessportbund Sachsen e. V..²⁶⁵ Dies dient „im erheblichen Landesinteresse“ dem Ziel, „der sächsischen Bevölkerung ein flächendeckendes, vielfältiges und zeitgemäßes sportliches Angebot zu unterbreiten, leistungssportliche Talente auf ihrem Weg zu internationalen sportlichen Erfolgen für den Freistaat Sachsen zu unterstützen und die dafür notwendigen ehren- und hauptamtlichen Strukturen zu sichern“²⁶⁶. In dem Vertrag werden die Grundlagen der Sportförderung für Vereine, Verbände, Landessportbund und Kommunen geregelt. Darüber hinaus schließen die Länder Rahmenverträge mit den Landessportbünden.

Im Juli 2013 haben die Landesregierung NRW und der Landessportbund

NRW einen „Pakt für den Sport“ geschlossen.²⁶⁷ Die Ministerpräsidentin Hannelore Kraft hat hierzu verlautbart: „Dieser Pakt garantiert dem gemeinnützigen Sport die finanzielle Planungssicherheit bis zum Jahr 2017“.²⁶⁸ Mit dem Abschluss erneuern die Landesregierung und der Landessportbund Nordrhein-Westfalen ihre enge Kooperation. Der „Pakt für den Sport“ umfasst rund 34,3 Mio. Euro für die Haushaltsjahre 2014 bis 2017.

Für das Land Baden-Württemberg sind der 23. Landessportplan 2013/2014²⁶⁹ und der Solidarpakt II zu erwähnen.²⁷⁰ In Mecklenburg-Vorpommern ist der Landessportbund in die Ausreichung von Zuwendungen „im Rahmen seiner Richtlinien“ eingeschaltet.²⁷¹ In Bremen gelten die Richtlinien des Senators für Inneres und Sport vom 28.11.2012.²⁷² In § 3 des Niedersächsischen Sportfördergesetzes²⁷³ ist die Sportförderung durch das Land unter der Überschrift „Finanzhilfe an den Landessportbund“ wie folgt gesetzlich geregelt: „Das Land gewährt dem Landessportbund Niedersachsen e. V. (Landessportbund) jährlich eine Finanzhilfe in Höhe von 31,2 Mio. Euro.“ § 1 Abs. 2 des Sportfördergesetzes regelt:

„Das Land wirkt auf eine nachhaltige Förderung des Breiten- und des Leistungssports hin und arbeitet damit mit dem Landessportbund Niedersachsen e.V. . . . und den in ihm zusammengeschlossenen Sportorganisationen (Sportverbände, Sportvereine und anderen gemeinnützige Sportorganisationen) zusammen.“

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des Sportfördergesetzes hat der Landessportbund die ihm zustehende Finanzhilfe zur Förderung des Sports in anerkannten niedersächsischen Sportverbänden und -vereinen (§ 1 Abs. 2) zu verwenden.

4. Subsidiarität – Vorrang der Eigenfinanzierung vor der öffentlichen Förderung

Die ideelle und materielle Förderung des Sports durch den Staat setzt dort ein, wo die eigenen Kräfte des Sports nicht ausreichen, die ihm zufallenden gesellschaftlichen Aufgaben zu erfüllen. Eigene Finanzierungsmöglichkeiten müssen zunächst ausgeschöpft werden, bevor

eine öffentliche Förderung in Anspruch genommen werden kann. Damit wird die staatliche Sportförderung Hilfe zur Selbsthilfe.²⁷⁴

Nach der Förderpraxis der öffentlichen Zuwendungsgeber haben staatliche Zuschüsse lediglich subsidiären Charakter. Im 12. Sportbericht der Bundesregierung²⁷⁵ heißt es:

„Die Anteile der Zuwendungsgeber differieren zum Teil stark und sind wesentlich davon abhängig, inwieweit Einnahmen vorhanden sind oder es gelingt, Drittmittel (aus Marketingaktivitäten oder von Sponsoren) einzuwerben.“

Im Beschluss des Bundestags v. 02.07.2009²⁷⁶ heißt es:

„Der Deutsche Bundestag respektiert die Autonomie des Sports.

Der Sport ist neben seinen eigenen Einnahmen (!) auf öffentliche Zuwendungen angewiesen. . . .

Allerdings verkennt der Deutsche Bundestag nicht die Grenzen, die der öffentlichen Hand aufgrund der finanziellen Gegebenheiten gesetzt sind. Er ruft daher alle im Sport Verantwortung Tragende dazu auf, durch Kooperation mit Wirtschaft und Medien ergänzende Finanzierungsquellen zur Förderung von Breiten- und Spitzensport zu erschließen.“ (!)

Z.B. ist in § 8 Abs. 1 der Gemeindeordnung NRW geregelt, dass die Gemeinden innerhalb der Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen schaffen. Es ist einhellige Auffassung, dass diese Generalklausel keine unmittelbare Rechtspflicht der Stadt zur Errichtung von Sportstätten oder zur Sportförderung schafft.

Anderes ist auch rechtspolitisch nicht wünschenswert. Im Bericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“²⁷⁷ heißt es zutreffend:

„Von tragender Bedeutung für das Zuwendungsrecht und damit auch für die Vereine und Organisationen, die bürgerschaftliches Engagement organisieren, sind die sich aus dem öffentlichen Haushaltsrecht ergebenden Prinzipien der Subsidiarität und der Jährlichkeit. Das Subsidiaritätsprinzip besagt, dass Zuwendungen nur zusätzlich zu einer eigenen Finanzierung des Zuwendungsempfängers hinzutreten können.

Dieser muss alles in seinen Kräften Stehende tun, um seine Vorhaben zunächst aus eigenen Mitteln zu erfüllen. Insbesondere durch die so genannte Fehlbedarfsfinanzierung wird das Subsidiaritätsprinzip konsequent umgesetzt.“

5. Voraussetzung für die Partnerschaft: die Anerkennung als gemeinnützig

Die vorstehend beschriebene Partnerschaft hat einen legitimierenden Grund: Die gemeinnützigen Rechtsträger bieten durch ihre innerorganisatorische – vor allem satzungsmäßige – Struktur die Gewähr für eine institutionell abgesicherte Verfolgung ideeller Zwecke. Das Haushaltsgebaren eines Vereins wird idealiter durch die Mitglieder „basisdemokratisch“ überwacht. Die Finanzämter und ggfs. auch die Stiftungsaufsicht prüfen die zweckgerechte, zeitnahe und selbstlose Mittelverwendung. Die partnerschaftliche Zusammenarbeit und die zweckgerechte Verausgabung staatlicher Mittel werden durch Gesetze und „Pakte“ sowie durch das gesetz- und richtliniengebundene Zuwendungsrecht unter Wahrung des Haushaltsrechts gesichert. Gewerbliche Sportanbieter kommen für eine Partnerschaft nur ausnahmsweise in Betracht.

Die Transmissionsfunktion der satzungsmäßigen Festlegung auf ideelle Zwecke lässt sich belegen durch die Satzungen des DOSB und der nachgeordneten Verbände und Vereine, die institutionell-organisatorisch zu einem Gemeinnützigkeits-Verbund verklammert sind. Gemäß § 4 Abs. 1 seiner Satzung verfolgt der DOSB ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne der Abgabenordnung. Die Organe und Gremien des DOSB arbeiten ehrenamtlich, soweit sich nicht aus der Satzung ausdrücklich etwas anderes ergibt (§ 4 Abs. 2 der Satzung). Die Mitglieder des DOSB haben nach § 9 Abs. 2 der Satzung die Pflicht, die Satzung des DOSB zu beachten und dessen Zweck (§ 2) zu fördern sowie den DOSB bei seiner Aufgabenerfüllung (§ 3) zu unterstützen.

Die landesrechtlichen Sportförderungsgesetze bzw. Sportförderrichtlinien setzen für die Vergabe von Haushaltsmitteln grundsätzlich den Nachweis der Gemeinnützigkeit durch den Zuwendungsempfänger voraus.²⁷⁸ Z.B. heißt es in der Sportförderrichtlinie des Freistaates Sachsen: „Gewinnorientiert betriebener, professioneller Sport wird grundsätzlich

nicht gefördert. Ausnahmen sind bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses möglich.“ Die entsprechende Norm des Sportförderungsgesetzes Berlin ist vorstehend in Abschn. B. III. wiedergegeben. In Hamburg sind förderberechtigt „Verbände und Vereine sowie sonstige korporative Träger“.

§1 Abs. 2 des Sportfördergesetzes Niedersachsen bestimmt:

„Das Land wirkt auf eine nachhaltige Förderung des Breiten- und des Leistungssports hin und arbeitet dabei mit dem Landessportbund Niedersachsen e.V. (Landessportbund) und den in ihm zusammengeschlossenen Sportorganisationen (Sportverbände, Sportvereine und andere gemeinnützige Sportorganisationen) zusammen.“

Diese besondere und strukturell-organisatorische Verpflichtung auf das Gemeinwohl unter Ausschluss der Begünstigung Dritter rechtfertigt die „selektive“ staatliche Förderung für die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) und gleichermaßen des europäischen Beihilferechts.

VI. Exkurs: Die Diskussion um die angemessene Eigenfinanzierung des Sports

Die Autonomie des Sports und die Subsidiarität der staatlichen Förderung erfordern die Zulässigkeit und darüber hinaus einen angemessenen Rechtsrahmen für die wirtschaftliche Tätigkeit in Gestalt steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe und steuerbegünstigter Zweckbetriebe. Dies ist ein Querschnittsproblem des gesamten Dritten Sektors.²⁷⁹ Zu Recht wird auf nationaler wie auf europäischer Ebene den Grundfragen der Eigenfinanzierung zunehmend Beachtung zuteil. Auf der Grundlage des Art. 165 AEUV nimmt sich die EU-Kommission, die das Problem bereits im Weißbuch Sport²⁸⁰ angesprochen hat, eines neuen Politikfeldes an.²⁸¹ Es besteht ein Konsens mit den Mitgliedstaaten darüber, dass u.a. die nachhaltige Finanzierung des Breitensports „auf der EU-Sportagenda ganz oben stehen soll“.²⁸²

In der Mitteilung der Kommission „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“ v. 18.01.2011²⁸³ heißt es:

„Trotz der insgesamt großen wirtschaftlichen Bedeutung des Sports finden die allermeisten sportlichen Aktivitäten innerhalb gemeinnütziger Strukturen statt, die sich auf die Tätigkeit von Ehrenamtlichen stützen. Die Nachhaltigkeit der Finanzierung dieser Strukturen kann zu Besorgnis Anlass geben, weshalb die finanzielle Solidarität zwischen Profi- und Breitensport verstärkt werden sollte. . .“

Die zentrale Vermarktung von Medienrechten ist ein gutes Beispiel für finanzielle Solidarität und Umverteilungsmechanismen im Sport. . . Die Kommission empfiehlt den Sportverbänden, für die zentrale Vermarktung von Medienrechten Mechanismen einzuführen, die eine angemessene Verteilung der Einkünfte bei voller Einhaltung des EU-Wettbewerbsrechts und gleichzeitiger Wahrung des Rechts der Öffentlichkeit auf Information sicherstellen.“

Eine Arbeitsgruppe des Ministerrats veröffentlichte im Dezember 2012 eine „ Studie zur Stärkung der finanziellen Umverteilung im Sport“. Sie hat auf Grundlage der EU-Studie über die Finanzierung des Breitensports in Europa²⁸⁴ die wichtigsten öffentlichen und privaten Finanzierungsquellen untersucht, die sich auf die Solidaritätsmechanismen im Sport auswirken. Sie hat ferner ermittelt, welche Möglichkeiten der Sportwelt zur Mittelbeschaffung und zur Nutzung öffentlicher und privater Investitionen zur Verfügung stehen und welche Hindernisse sie davon abhalten. Die Empfehlungen der Gruppe beziehen sich insbesondere auf²⁸⁵

- die Notwendigkeit, die Erstellung von Leitlinien zur Anwendung des EU-Beihilferechts im Sport voranzutreiben,
- die Bedeutung der Beratung über das Mehrwertsteuersystem, das für gemeinnützige Sportorganisationen gilt,
- die Bedeutung der EU-Strukturfonds für die Förderung des Sports und
- die Betrachtung der langfristigen Nachhaltigkeit im Bereich der Sportfinanzen,
- sowie die Notwendigkeit von Reformmaßnahmen, um die gewerblichen Schutzrechte des Sportsektors zu sichern und den Breitensport zu fördern.

Der im Arbeitsplan vorgesehene strukturierte Dialog mit Akteuren im Sportsektor ist gestärkt worden durch die Einführung eines Verfahrens, das es den Akteuren ermöglicht, sich mit Vertretern der Mitgliedstaaten in den

Expertengruppen und – wenngleich in weit geringerem Maße – bei hochrangigen Treffen am Rand von Ratstagungen auszutauschen.²⁸⁶ Die wichtigste EU-Plattform für den Austausch mit Vertretern des Sports ist das jährliche Sportforum.

Der Rat der EU und die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten haben sich in der Entschließung v. 21.05.2014²⁸⁷ zu dem Arbeitsplan der EU für den Sport (2014-2017) unter Bezugnahme auf die Arbeit der bereits eingesetzten Expertengruppen mit der nachhaltigen Finanzierung befasst.

Der Deutsche Bundestag hat sich in seinem Beschluss v. 02.07.2009 mit der Sicherung der Finanzierung von Sportvereinen befasst. Die Fraktionen der CDU/CSU und der SPD hatten in ihrem Beschlussantrag v. 03.12.2008²⁸⁸ zur „Gesellschaftlichen Bedeutung des Sports“ formuliert:

„Der Deutsche Bundestag unterstützt auch das von der EU-Kommission . . . verabschiedete Weißbuch Sport und weist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die große Bedeutung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips hin. Der im Weißbuch angesprochenen wirtschaftlichen Dimension des Sports wird in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung beigemessen. Dies gilt insbesondere für die Frage der Finanzierungssicherung des Spitzen- und Breitensports durch Einnahmen aus Lotterien und Glücksspielen, die Berücksichtigung der Besonderheit des Sports im Bereich der Anwendung des EU-Rechts bei der Vermarktung von Medienrechten . . .“

Der Antrag ist auf die Beschlussempfehlung des Sportausschusses v. 14.05.2009²⁸⁹ am 02.07.2009 vom Deutschen Bundestag angenommen worden.²⁹⁰ Dieser Beschluss des Bundestages umfasst auch die Aufforderung an die Bundesregierung,

„sich sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene für einen klaren Rechtsrahmen für die Teilnahme des Sports am Wirtschaftsleben einzusetzen, der der Besonderheit des Sports Rechnung trägt.“

Die Empfehlung CM/Rec(2007)14 des Ministerkomitees des Europarats an die Mitgliedstaaten v. 10.10.2007 über den rechtlichen Status von Nichtregierungsorganisationen (NRO) in Europa führt in Nr. 14 der Zielsetzungen aus:

„NRO sollte es frei stehen, sich an rechtmäßigen wirtschaftlichen, geschäftlichen oder Handelsaktivitäten zu beteiligen, um ihre nicht auf Gewinn ausgerichteten Aktivitäten zu unterstützen, ohne dass dazu eine besondere Genehmigung erforderlich ist, aber vorbehaltlich aller Lizenzierungs- oder gesetzlichen Bestimmungen, die allgemein auf diesbezügliche Aktivitäten Anwendung finden.“

Weiterhin heißt es dort: NRO ist es nicht gestattet, durch ihre Aktivitäten erwirtschaftete Gewinne an ihre Mitglieder oder Gründer zu verteilen; sie können diese aber zur Erreichung ihrer Ziele einsetzen.

E. Grundfragen der Gemeinnützigkeit

I. Felder der gemeinnützigkeitsrechtlichen Förderung

Die Instrumente der Sportförderung sind vielfältig. Zu nennen sind

- die subjektive Befreiung von der KSt (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG) und von der Gewerbesteuer (§ 3 Nr. 6 Satz 1 GewStG) für vermögensverwaltende Einkünfte;
- die Steuerfreiheit der wirtschaftlichen (unternehmerischen) Betätigung im Zweckbetrieb;
- der Spendenabzug nach § 10b EStG;
- die weitreichende Steuerbefreiung für Einnahmen aus sog. Sponsoringverträgen (AEAO Nr. 7 ff. zu § 61 Abs. 1 AO);
- die Steuerfreiheit von freigebigen Zuwendungen an gemeinnützige Körperschaften (§ 13 Abs. 1 Nr. 16 ErbStG);
- die Befreiung von der Grundsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b GrStG);
- die Befreiungen oder Ermäßigungen bei bestimmten Gebührensachverhalten;
- ein leichter Zugang zu Geldern aus Lotterien;
- ein leichter Zugang zur Nutzung öffentlicher Einrichtungen;
- die Einnahmequelle aus Strafverfahren (§ 153a Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO);
- § 3 Bundesfreiwilligendienstgesetz: Der Dienst wird in der Regel ganztätig als überwiegend praktische Hilfstätigkeit in gemeinwohlorientierten Einrichtungen geleistet, insbesondere in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, Sport, Integration, Kultur, Bildung und Zivil- und Katastrophenschutz;
- die Privilegierung im Vergaberecht bei Finanzierung durch Leistungserbringung;
- der Gemeinnützigkeitsstatus als zivilgesellschaftliches Gütesiegel.

II. Die ordnungspolitische Größe „Gemeinnützigkeit“

Bereits die Überlegungen zur strukturierten Partnerschaft zwischen Staat und dem gemeinnützigen Sport (oben D. V. 3.) zeigen: Das Rechtsinstitut der Gemeinnützigkeit hat eine strukturgebende Ordnungsfunktion. Es ist

- der Rechtsrahmen für die Einbindung zivilgesellschaftlichen ehrenamtlichen Engagements;
- der Rechtsrahmen für eine markttypische Betätigung auf nicht rentablen Arbeitsfeldern;
- tatbestandliche Voraussetzung und institutionelle zivilgesellschaftliche Sicherung der Partnerschaft zwischen dem nur subsidiär fördernden Staat und dem autonomen Sport;
- ein Instrument des gesellschaftlichen und territorialen Zusammenhalts;
- Bestandteil des Sozialstaats und der Zivilgesellschaft Deutschlands;
- Teil der staatlichen und gesellschaftlichen Identität der Bundesrepublik;
- Kern eines Verständnisses, wonach gemeinwohlorientierte Leistungserbringung über Wirtschaftlichkeitskriterien hinaus inhaltliche Qualitäten aufweisen, die zu einer bestimmten Sozialkultur beitragen;
- Ausdruck einer Wertorientierung von Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse;
- organisatorischer Rahmen für ein nicht primär gewinnorientiertes, jedenfalls aber selbstloses Tätigwerden auf der Grundlage der Menschenwürde und der Solidarität;
- Garant für eine Teilhabe der Nutzer an der Gestaltung, Erbringung, Kontrolle und Evaluierung sozialer Dienste (*corporate governance*-Grundsätze; so z.B. – abgestimmt²⁹¹ – in der Diakonie der EKD²⁹² und in der Caritas;²⁹³ AWO-Unternehmenskodex²⁹⁴).

Nach zutreffender Auffassung der IFO-Studie 2005²⁹⁵ sind die EU-weit implementierten Modelle der staatlichen Förderung zivilgesellschaftlicher Mehrung des Gemeinwohls Ausdruck der kulturellen Vielfalt der Mitgliedstaaten der EU. Der Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit gehört zu den Elementen, welche die „nationale Identität“ des EU-Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland konstituieren.²⁹⁶

III. Der Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit

Der begünstigte Rechtsträger „erkauft“ sich die Privilegierung durch umfangreiche Pflichtenbindung, die wie folgt zu charakterisieren ist:

- ausschließliche, unmittelbare und selbstlose Förderung der Allgemeinheit;
- Gebot der zeitnahen Mittelverwendung;
- Verwendungsgebot auch für Erträge aus Vermögensverwaltung, aus steuerbefreiten Zweckbetrieben und aus steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben;
- striktes Ausschüttungsverbot;
- Bindung auch der stillen Reserven aus dem ideell gebundenem Vermögen für die ideellen Zwecke;
- Verbot der Quersubventionierung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs mit für ideelle Zwecke gebundenen Mitteln;
- Anforderungen an die Kalkulation und Gestaltung von Entgelten²⁹⁷;
- u.U. „Deckelung“ des im Zweckbetrieb vereinnahmten Entgelts (exemplarisch § 4 Nr. 18 UStG – „Abstandsgebot“);
- Strenge Kontrolle durch Finanzamt und ggf. durch die Stiftungsaufsicht.

Die EU-Kommission hat in ihrer Entscheidung zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins dieses „Proprium der Gemeinnützigkeit“ – den besonderen Rechtsrahmen und die Pflichtenbindung – im Prinzip anerkannt (Kap. G.V.6.).

IV. Zivilgesellschaft / Bürgergesellschaft, Gemeinnützigkeit und Ehrenamt

1. Grundlegung

Die Bürgerinnen und Bürger sind „die Zivilgesellschaft“. Durch ihr Engagement in Initiativen und Bürgerbewegungen gestalten sie Politik „von unten“. „Sie werden freiwillig für die Gesellschaft tätig, vom sozialen Engagement über das kommunale Ehrenamt bis hin zur Freiwilligenarbeit in Kultur oder Sport.“²⁹⁸ Zur Zivilgesellschaft gehören neben Formen des individuellen bürgerschaftlichen Engagements auch soziale Bewegungen und kollektive Proteste, informelle Initiativen und Projekte, Netzwerke sowie hochformalisierte Organisations-gebilde.²⁹⁹ Der Begriff „Zivilgesellschaft“ wird hier verstanden als gesellschaftliche

Selbstorganisation,³⁰⁰ insbesondere in der Rechtsform von Vereinen und Verbänden. Die Begriffe „Non-Profit-Organisationen“, „Dritter Sektor“, „Nicht-Regierungsorganisationen“ werden oft im Sinne von „Zivilgesellschaft“ verwendet. Bürger üben einzeln oder kollektiv ihre Grundrechte aus, insbesondere die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit.

Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements - Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft“ hat sich umfänglich mit dem Verhältnis von Zivilgesellschaft und „ermöglichendem Staat“ befasst. Die Enquete-Kommission führt aus:³⁰¹

„In jedem Fall soll die Bürgergesellschaft und damit das sie begründende bürgerschaftliche Engagement gegenüber der Staatstätigkeit ein größeres Gewicht bekommen. In einem neuen Verhältnis von Staat und Bürgergesellschaft wird sich mit der Rolle des Staates auch sein Handeln verändern. Er wird zum ermöglichenden Staat, der die Entfaltung bürgerschaftlichen Engagements begleitet und unterstützt. Er fördert die kooperativen Strukturen und beteiligt sich selbst als Partner an kooperativen Entscheidungsprozessen. Das Konzept der Politik als „Regierung von oben“ wird herausgefordert und ergänzt durch Konzepte einer „Governance“: Vorstellungen eines Regierens, für das die Bürgergesellschaft und ihre Zusammenschlüsse Mitverantwortung tragen.“

2. Der Verein als Basis des autonomen Sports³⁰²

Wiewohl auch die GmbH, die Genossenschaft und sogar die AG gemeinnützig sein können, ist der eingetragene Verein (e.V.) das „klassische“ rechtliche Format von Bürgern, die sich in Ausübung der Vereinigungsfreiheit zur Verfolgung ideeller Zwecke zusammenfinden. In seiner Stellungnahme zum „Weißbuch Sport“ betont das Europäische Parlament³⁰³ die Rolle des Vereins und des dort eingebundenen Ehrenamtes:

„Das Europäische Parlament

(W.) . .. in der Erwägung, dass die große Mehrheit der Sportaktivitäten

ehrenamtlich organisiert werden und viele von ihnen von finanziellen Beihilfen abhängig sind, um Zugänglichkeit für alle Bürger gewährleisten zu können; in Erwägung der Bedeutung der finanziellen Unterstützung für den Breiten- und Massensport, sofern sie in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht steht; in der Erwägung, dass der organisierte Sport in fast allen EU-Mitgliedstaaten auf gemeinnützigen Organisationsstrukturen im Breitensport basiert, die hauptsächlich vom Engagement Freiwilliger abhängig sind und spezifische Formen der Rechtspersönlichkeit oder der Rechtsstellung besitzen, die ihnen die Voraussetzung für eine ganze Palette von finanziellen und steuerlichen Vorteilen bieten . . .

(94) . . . hält es für notwendig, die spezifische Eigenart gemeinnütziger Sportvereine anzuerkennen, und bekräftigt, dass es angezeigt ist, im Rahmen des Gemeinschaftsrechts die Unterschiedlichkeit der verschiedenen gemeinnützigen Organisationen und der Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht zu berücksichtigen; fordert die Mitgliedstaaten auf, gemeinsam mit der Kommission zu ermitteln, welchen wesentlichen Herausforderungen die gemeinnützigen Sportorganisationen sich stellen müssen und welche Arten von Dienstleistungen diese Organisationen hauptsächlich erbringen; . .

Das Europäische Parlament zeigt Verständnis für die gemeinnützigen Vereine, so auch in seiner Entschließung v. 15.11.2011 zur Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse³⁰⁴:

Das Europäische Parlament . . .

33. weist darauf hin, dass die Erbringer von DAWI unterschiedlichen Status haben, wie Vereine, Stiftungen, Freiwilligen- und Gemeinschaftsorganisationen, gemeinnützige Organisationen oder soziale Unternehmen; verweist darauf, dass einige von ihnen lediglich auf lokaler Ebene arbeiten, keine gewerblichen Tätigkeiten ausüben und Gewinne aus Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vor Ort reinvestieren . . .

Mit letzterer Erwägung hebt das Europäische Parlament klarsichtig und kompakt das Wesen („das Proprium“) der Gemeinnützigkeit hervor. Es hat freilich bei der Kommission kein Gehör gefunden.

In der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13.10.2011 „Die

Zukunft der Mehrwertsteuer“³⁰⁵ heißt es:

„Das Europäische Parlament

. . . betont, dass Einrichtungen ohne Gewinnstreben eine herausragende und positive Rolle für Demokratie, Wachstum und Wohlstand in Europa spielen; fordert die Kommission auf, einen Mechanismus vorzuschlagen, der Mitgliedstaaten, die die Zivilgesellschaft stärken wollen, die Möglichkeit gibt, alle oder einen Großteil der Aktivitäten und Transaktionen dieser Einrichtungen grundsätzlich von der Mehrwertsteuer zu befreien; weist darauf hin, dass ein solcher Mechanismus zumindest für die kleineren Einrichtungen ohne Gewinnstreben gelten sollte . . .“

Es wird ferner hingewiesen auf die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 28.01.2012 „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“:³⁰⁶

1.9 Der EWSA hebt die Rolle hervor, die gemeinnützige Verbände bei der Sportförderung spielen. Diese Organisationen müssen unbedingt unterstützt werden, sei es durch eine angemessene finanzielle Förderung, sei es durch eine Förderung der ehrenamtlichen Tätigkeit in diesen Organisationen.

3.3.5 Die Freiwilligentätigkeit im Sport, vor allem in örtlichen Vereinen, ist für die Gesellschaft als Ganzes von erheblichem Wert. Auf Freiwilligentätigkeit beruhende gemeinnützige Sportvereine erhalten von der Politik häufig nicht die Anerkennung, die ihnen gebührt, und stehen derzeit vor großen Herausforderungen. Der EWSA betont, dass die Bedeutung der Freiwilligentätigkeit im Sport in der Kommissionsmitteilung nicht hinreichend berücksichtigt wurde. Er fordert die Kommission deshalb auf, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Freiwilligentätigkeit im Sport zu fördern.

Das Ministerkomitee des Europarats stützt seine Empfehlung Rec(2003)6 „zur Verbesserung des Zugangs zu Turnunterricht und Sport für Kinder und Jugendliche in allen europäischen Staaten“ u.a. auf die Begründungserwägung

„in Anerkennung der wichtigen Rolle, welche der Vereinssport für Kinder und Jugendliche hinsichtlich des Angebots von sportlichen Freizeitaktivitäten spielt, die oft von Freiwilligen in ihrer Freizeit

organisiert werden und die nicht nur die Gesundheit und die körperliche Leistungsfähigkeit fördern, sondern Kinder und Jugendliche in die Gemeinschaft im weiteren Sinn integrieren und auf die Verantwortung des Erwachsenenlebens vorbereiten . . .“

Nach dem „Ethik-Codex“ des Europarats „Fair Play immer ein Gewinn“

„liegt es in der Verantwortung der Regierungen,

10.2.diejenigen Organisationen und Personen zu fördern und zu unterstützen, die feste ethische Prinzipien in ihrer Arbeit mit dem Sport gezeigt haben;

10.3.die im Erziehungssektor tätigen Personen zu ermutigen, die Förderung des Sports und des Fair Play zu einem zentralen Bestandteil des Lehrplans der Leibeserziehung zu machen . . .“

Im 12. Sportbericht der Bundesregierung³⁰⁷ heißt es:

„Die über 91 000 Sportvereine bringen Menschen aus nahezu allen Bereichen unserer Gesellschaft zusammen und zeigen damit die hohe gesellschaftspolitische Bedeutung des Sports auf.“

3. Zur Bedeutung des Ehrenamts im gemeinnützigen Sektor

Art. 165 AEUV setzt ausdrücklich voraus, dass „die Strukturen des Sports“ „auf freiwilliger Aktivität beruhen“.

Zur Anerkennung und Förderung des Ehrenamts als „Ziele der Union“ durch den EuGH s. zunächst Abschn. A I. 9.

In ihrem „Weißbuch Sport“ führt die EU-Kommission³⁰⁸ aus:

„Die Mitgliedschaft in einer Mannschaft, Grundsätze wie Fairness, Einhaltung von Spielregeln, Respekt für andere, Solidarität und Disziplin sowie die Organisation des Amateursports auf der Grundlage gemeinnütziger Vereine und ehrenamtlicher Tätigkeiten stärken die aktive Bürgerschaft. Ehrenamtliche Tätigkeiten in Sportorganisationen bieten zahlreiche Gelegenheiten für nichtformale Bildung, die anerkannt und ausgebaut werden sollten. Der Sport bietet jungen Menschen außerdem attraktive Möglichkeiten, sich zu engagieren und an der Gesellschaft zu beteiligen, und kann dazu beitragen, dass Menschen sich von Kriminalität

fernhalten.“

Der organisierte Sport in Deutschland ist der größte Träger freiwilliger und ehrenamtlicher Tätigkeit im dritten Sektor³⁰⁹. Der Rat der EU³¹⁰ führt in seinen „Schlussfolgerungen betreffend den Beitrag des Sports zur Wirtschaft der EU“ aus:

„Organisation, Verwaltung und Durchführung von sportlichen Aktivitäten stützen sich in Europa traditionell auf ein freiwilliges Engagement. Gemäß der Eurobarometer-Umfrage 2011³¹¹ ist nahezu ein Viertel (24 %) derjenigen, die einer Freiwilligentätigkeit nachgehen, im sportlichen Bereich aktiv. Die Freiwilligentätigkeit im Sport, die in erster Linie im Breitensport und in Vereinen ausgeübt wird, ist aus sozialer, wirtschaftlicher und demokratischer Sicht von erheblichem Wert.“

Die Bundesregierung³¹² hat in der Antwort vom 26.07.2011 auf eine Kleine Anfrage der SPD-Fraktion zur Bedeutung des ehrenamtlichen Engagements ausgeführt:

„Freiwillige bzw. ehrenamtliche Tätigkeit ist eine der tragenden Säulen des deutschen Sportsystems. Mehr als jeder zehnte Bürger über 14 Jahren übt im Bereich Sport und Bewegung eine freiwillige Tätigkeit aus. Mehr als 90 Prozent von ihnen sind in Sportvereinen engagiert. Kein anderer gesellschaftlicher Bereich kann auf eine solch große Zahl Freiwilliger zurückgreifen. Ziel des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) ist es, die Bedingungen für freiwilliges Engagement im Sport weiter zu verbessern.“

Laut Engagementatlas 2009³¹³ werden in der Bundesrepublik Deutschland pro Jahr 4,6 Mrd. Stunden ehrenamtliche Arbeit geleistet. Ein Drittel aller Bürgerinnen und Bürger engagiert sich – per definitionem in der eigenen Freizeit – in den Bereichen Sport, Freizeit und Vereine, Kinder- und Jugendarbeit, kirchliche Zwecke, Umweltschutz und soziale Dienste mit monatlich durchschnittlich 16,2 Stunden. Dieses Engagement, das sich für „Ehrenamtler“ als – sinnvolle – „Freizeitbetätigung“ darstellt, hat einen Gesamtumfang, der der Jahresarbeitsleistung von 3,2 Millionen Vollzeitbeschäftigten entspricht. Ungeachtet des nicht zu leugnenden Freizeitaspekts gilt dies zu Recht als förderungsfähig und förderungswürdig. Organisatorische Ankerpunkte für das bürgerschaftliche

Engagement sind die gemeinnützigen Organisationen.

Das Ehrenamt ist zwingend verknüpft mit dem Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit. Ehrenamtlich Engagierte sind typischerweise für den gewinnzweckfrei und selbstlos agierenden Leistungsträger tätig. Partner der staatlichen und kommunalen Sportförderung sind notwendigerweise die autonomen gemeinnützigen Verbände und Vereine. Im Hinblick darauf, dass „gemeinnützige Tätigkeiten und auf Freiwilligentätigkeit beruhende Strukturen . . . eine Grundvoraussetzung für das Sportangebot in den meisten Mitgliedstaaten“ sind, hat der Rat der EU³¹⁴ in seinen „Schlussfolgerungen zur Bedeutung der Freiwilligentätigkeit im Sport“ die EU-Kommission ersucht,

„besonderes Augenmerk auf die Freiwilligentätigkeit zu richten und unbeschadet des mehrjährigen Finanzrahmens darauf zu achten, dass nicht gewinnorientierte Sportverbände Zugang zur nächsten Generation von EU-Programmen haben.“

Weiterhin heißt es in den Schlussfolgerungen des Rates der EU:

„1. Sport ist die größte Bewegung der Zivilgesellschaft in der EU. Gemeinnützige Tätigkeiten und auf Freiwilligentätigkeit beruhende Strukturen sind eine Grundvoraussetzung für das Sportangebot in den meisten Mitgliedstaaten.

2. Die Freiwilligentätigkeit im Sport zählt zu den attraktivsten und populärsten Formen des sozialen Engagements in Europa und ist Teil des sozialen Erbes im Sport. Die Organisation von Sportereignissen — einschließlich jener, die von professionellen und kommerziellen Sportgremien organisiert werden — sowie die sportlichen Aktivitäten im Alltag stützen sich in vielen Mitgliedstaaten auf Freiwillige und Freiwilligentätigkeit . . .“

Das Europäische Parlament gründet seine EntschlieÙung vom 10.12.2013 „Freiwilligentätigkeit und ehrenamtliche Tätigkeit in Europa“³¹⁵ u.a. auf die Erwägungen, dass der Sport „zum großen Teil von Freiwilligenarbeit lebt“, dass „Freiwilligentätigkeit ein wesentlicher Faktor der individuellen und kollektiven Emanzipation, der Solidarität und des sozialen Zusammenhalts ist“ und bei der Schaffung sozialen Kapitals und bei der Förderung der sozialen Inklusion eine wesentliche Rolle spielt. Es erkennt

die unterschiedlichen Formen von Freiwilligentätigkeit an, die in den Mitgliedstaaten durch nationale Organisationen und Netzwerke von auf lokaler Ebene tätigen Vereinigungen zum Ausdruck kommen und fordert die Annahme eines europäischen Statuts der Freiwilligenorganisationen, um deren rechtliche und institutionelle Anerkennung zu fördern. Das Parlament fordert die nationalen, regionalen und lokalen Behörden nachdrücklich auf, eine angemessene Finanzierung sicherzustellen, die administrativen Verfahren zu vereinfachen und steuerliche Anreize für Freiwilligenorganisationen und -netzwerke zu schaffen. In diesem Zusammenhang fordert es – erkennbar mit Blick auf das Beihilferegime der Art. 107 f. AEUV –

„dass das Konzept der Zuschüsse für Vereinigungen klarer definiert wird, damit Finanzhilfen für Vereinigungen nicht mehr mit staatlichen Beihilfen verwechselt werden, die den Wettbewerb in den einen Erwerbszweck verfolgenden Bereichen der Wirtschaft beeinträchtigen könnten.“

Es liegt auf der Hand, dass im Rahmen von EU-Programmen – z.B. zur Förderung des Aufbaus einer europäischen Dimension im Breitensport³¹⁶ – „öffentliche Einrichtungen oder Organisationen der Zivilgesellschaft gefördert werden (sollen), die im Bereich des Breitensports tätig sind.“ Diese Einrichtungen / Organisationen sind gewissermaßen die „geborenen“ Partner der öffentlichen Hand bei der Förderung des Sports.

4. Gedankliche Querverbindung zwischen Gemeinnützigkeit und *économie sociale*

In seiner von der deutschen Literatur bislang wenig beachteten Entscheidung v. 08.09.2011 in der Rs. „Paint Graphos“ hat der EuGH³¹⁷ anerkannt, dass die italienischen Kleingenossenschaften in einem besonderen Rechtsrahmen wirtschaftlich tätig werden. Es ging um die Frage, ob deren steuerliche Vergünstigungen als Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu werten ist. Es war zu entscheiden, ob die staatliche „selektive“ Fördermaßnahme als begünstigende Ausnahmebestimmung gleichheitsgerecht ist.

Nach italienischem Steuerrecht sind Agrar- und Kleinfischereigenossenschaften unter bestimmten Voraussetzungen, die

sich auf die eigene Gewinnung von Futtermitteln sowie den Vertrieb von landwirtschaftlichen Produkten beziehen, „wegen ihres speziellen Gesellschaftszwecks“ von der Steuer auf das Einkommen juristischer Personen und von der lokalen Einkommensteuer befreit. Begünstigt sind auch Produktions- und Arbeitsgenossenschaften, wenn sie unter bestimmten weiteren Voraussetzungen einen prozentualen Teil ihrer Kosten als Vergütung an die dauerhaft ihre Arbeit einbringenden Mitglieder zahlen, sowie sonstige Genossenschaften. Konsumgenossenschaften und ihre Konsortien können die an die Mitglieder in Form einer Teilerstattung des Preises der erworbenen Waren ausgeschütteten Beträge von den Einkünften abziehen.

Der EuGH stellt die Bedeutung und die Struktur der Genossenschaften heraus, wie diese durch europäisches Sekundärrecht normiert sind. Unter Hinweis auf die Verordnung Nr. 1435/2003³¹⁸ über das Statut der Europäischen Genossenschaft stellt er fest, dass diese Genossenschaften wegen des besonderen Rechtsrahmens „in ihrer Funktionsweise besonderen Grundsätzen folgen, die sie klar von den anderen Wirtschaftsteilnehmern unterscheiden“.

Die besonderen Rechtsgrundsätze für die Genossenschaften seien sowohl von dem genannten Statut als auch von der Kommission³¹⁹ in ihrer Mitteilung v. 23.02.2004 über die Förderung der Genossenschaften in Europa hervorgehoben worden. Gemäß dem achten Erwägungsgr- und der VO Nr. 1435/2003 – sämtliche Erwägungsgründe werden vom EuGH nachfolgend durchdekliniert – seien die Besonderheiten der Genossenschaften zu berücksichtigen, vor allem im Grundsatz des Vorrangs der Person gegenüber dem Kapital, der seinen Ausdruck in spezifischen Regeln für den Eintritt, den Austritt und den Ausschluss der Mitglieder finde. Die Kontrolle der Genossenschaft werde von allen Mitgliedern gleichermaßen ausgeübt, worin die Regel „ein Mitglied, eine Stimme“ zum Ausdruck komme. Die Rücklagen und das Vermögen seien gemeinschaftliches Eigentum, sie seien unteilbar, und sie müssten dem gemeinsamen Interesse der Mitglieder dienen. Im Falle der Auflösung sei das Vermögen und die Rücklagen auf eine andere genossenschaftlich konstituierte Stelle, die vergleichbare dem Allgemeininteresse dienende Ziele verfolge, zu übertragen. Hervorzuheben seien die Elemente der Gegenseitigkeit. Bezweckt werde „der gegenseitige Nutzen der

Mitglieder“, die gleichzeitig Nutzer, Kunden oder Lieferanten seien“. Die Geschäfte der Genossenschaften würden nicht zum Nutzen externer Investoren geführt.

Eine Ausnahme von der Anwendung des allgemeinen Steuersystems könne gerechtfertigt sein, wenn sie unmittelbar auf den Grund- oder Leitprinzipien dieses Steuersystems beruhe. Insoweit sei zu unterscheiden zwischen den mit einer bestimmten Steuerregelung verfolgten Zielen, die außerhalb dieser Regelung lägen, und den dem Steuersystem selbst inhärenten Mechanismen, die zur Erreichung dieser Ziele erforderlich seien. Steuerbefreiungen, denen ein Ziel zugrunde liege, das dem Besteuerungssystem, in das sie sich einfügen, fremd sei, könnten „den Anforderungen des Art. 87 Abs. 1 EG (= Art. 107 Abs. 1 AEUV) nicht entgegen“. Zu den Genossenschaften führt der EuGH aus:

„In einer Situation, wie sie den beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreitigkeiten zugrunde liegt, ist es Sache dieses Gerichts, insbesondere die Selektivität der betreffenden Steuerbefreiungen und ihre etwaige Rechtfertigung durch die Natur oder den allgemeinen Aufbau des nationalen Steuersystems, in das sie sich einfügen, zu beurteilen, indem es namentlich feststellt, ob sich die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Genossenschaften tatsächlich in einer Lage befinden, die mit der anderer, als Rechtsgebilde mit Gewinnerzielungsabsicht errichteter Wirtschaftsteilnehmer vergleichbar ist, und ob bejahendenfalls die günstigere steuerliche Behandlung dieser Genossenschaften zum einen den wesentlichen Grundsätzen des in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden Besteuerungssystems innewohnt und zum anderen mit den Grundsätzen der Kohärenz und der Verhältnismäßigkeit im Einklang steht.“

Der EuGH sieht es als denkbar an, dass hier der Tatbestand der Beihilfe mangels Selektivität nicht erfüllt ist. Dies kann von Bedeutung sein bei der Überprüfung der gemeinnützigkeitsrechtlichen Vergünstigungen am Maßstab des EU-Beihilferechts. Allerdings fordert der EuGH, dass die Mitgliedstaaten durch geeignete Kontroll- und Überwachungsverfahren Sorge dafür tragen, dass das Erfordernis einer bestimmten Vergünstigung auch im Verwaltungsvollzug beachtet werde.

Das Richtungsweisende der EuGH-Entscheidung ist darin zu sehen, dass sie eine gedankliche Verbindung zwischen der Gemeinnützigkeit und dem

Rechtsrahmen der *économie sociale* ermöglicht. Es lässt sich eine gedankliche Querverbindung ziehen zwischen der genossenschaftlichen „Solidarwirtschaft“, dem „*mouvement coopératif et mutualiste*“, wie sie vor allem in den romanischen Ländern – insbesondere Frankreich, Italien, Spanien – verstanden wird, und der Gemeinnützigkeit, die in Deutschland von der Idee der Genossenschaft deutlich unterschieden wird. Unter dem Begriff „*économie sociale*“ werden Genossenschaften, Organisationen auf Gegenseitigkeit, (z.B. Versicherungen), Stiftungen und Vereine zusammengefasst.³²⁰

Die Charakteristika – das Proprium – der *économie sociale* werden im romanischen Sprach- und Rechtsraum wie folgt beschrieben:³²¹

- „Un statut privé,
- la primauté de l’homme sur le capital,
- un but non lucratif,
- un secteur économique à part entière qui œuvre sur le marché mais avec ses principes propres,
- l’indivisibilité des réserves: patrimoine collectif et impartageable,
- une finalité explicite au service de la collectivité: intérêt général et utilité sociale,
- un processus de décision démocratique: „une personne, une voix“,
- une autonomie de gestion,
- un ancrage territorial ou sectoriel.“

Anlässlich der Erarbeitung eines Statuts der Europäischen Genossenschaft durch die EG-Kommission ist darüber diskutiert worden, ob Genossenschaften rein privatwirtschaftlich oder aber gemeinwirtschaftlich bzw. gemeinnützig ausgerichtet sein können und dementsprechend Staatshilfe annehmen oder ablehnen sollen.³²²

Mit diesem Stichwort wird das beihilferechtliche Tatbestandsmerkmal der Selektivität angesprochen; dies wird später in den beihilferechtlichen Kontext eingeordnet.

Das Europäische Parlament³²³ hat in seiner Entschließung vom 05.07.2011 „über die Zukunft der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ausgeführt:

Es „nimmt Kenntnis von der schriftlichen Erklärung 84/2010 vom 10.03.

2011 zu der Einführung Europäischer Statute für Gesellschaften auf Gegenseitigkeit, Verbände und Stiftungen und der Notwendigkeit einer stärkeren und umfassenderen Anerkennung der im Bereich der Bereitstellung von SDAI tätigen sozialwirtschaftlichen Akteure, einschließlich von Modellen wie Genossenschaften, die im Bereich der Erbringung von SDAI aktiv sind, und des organisatorischen Aufbaus und der Funktionsweise der Sozialwirtschaft . . .“

Vorab ist zu bemerken: Während die EU-Kommission im vorliegenden Zusammenhang auf der Grundlage des Wortlauts des Europäischen Primärrechts von „Leistungen der Daseinsvorsorge von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) spricht,³²⁴ befasst sich das EU-Parlament mit „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (SDAI) – dieser Unterschied in der Terminologie drückt unterschiedliche gedankliche Ansätze aus.

Das Europäische Parlament stellt fest, dass Genossenschaften – die Rechtsform, die die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Rechtsgebilde haben – in ihrer Funktionsweise besonderen Grundsätzen folgen, die sie klar von den anderen Wirtschaftsteilnehmern unterscheiden. Diese speziellen Eigenheiten seien sowohl vom Unionsgesetzgeber mit dem Erlass der Verordnung Nr. 1435/2003³²⁵ als auch von der Kommission in ihrer Mitteilung über die Förderung der Genossenschaften in Europa hervorgehoben worden.

Sieht man das Genossenschaftswesen in den romanischen Mitgliedstaaten der EU als Ausprägung der *économie sociale* an und erkennt man das nahe Verwandtschaftsverhältnis zum Gemeinnützigkeitsrecht, wird zu prüfen sein, ob nicht hieraus für die beihilferechtliche Bewertung des Zweckbetriebs förderliche Folgerungen gezogen werden können. Die deutsche wissenschaftliche Öffentlichkeit hat sich der Diskussion dieser Frage bislang verweigert.

F. Der Zweckbetrieb (§§ 65 ff. AO) – ein privilegierter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

I. § 65 AO – die Grundnorm

§ 65 AO trifft die Grundaussage zum Zweckbetrieb:

„Ein Zweckbetrieb ist gegeben, wenn

- 1. der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb in seiner Gesamtrichtung dazu dient, die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke der Körperschaft zu verwirklichen,*
- 2. die Zwecke nur durch einen solchen Geschäftsbetrieb erreicht werden können und*
- 3. der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist.“*

§§ 66 bis 68 AO normieren spezialgesetzlich Zweckbetriebe, bei denen es auf die Wettbewerbsrelevanz der im Einzelfall erbrachten Leistungen nicht ankommt. Hierzu gehören die Betriebe der freigemeinnützigen Wohlfahrtspflege (§ 66 AO), Krankenhäuser in gemeinnütziger Trägerschaft (§ 67 AO) sowie die in § 68 AO normierten sonstigen Zweckbetriebe z.B. die Alten-, Altenwohn- und Pflegeheime, Kindergärten, Werkstätten für behinderte Menschen, bestimmte Integrationsprojekte, kulturelle Einrichtungen wie Museen und Theater. Sozialindustrielle Großkomplexe gehören ebenso hierhin wie die kleinteilig unter Einbindung von Ehrenamtlichen organisierte Schuldnerberatung.³²⁶ Diese Betriebe erbringen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) bzw. – aus der Perspektive des Europäischen Parlaments – „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (SDAI), deren Sonderstatus im EU-Beihilferecht umstritten ist.

Mit ihren zweckbetrieblichen (§ 65 AO) Leistungen treten die gemeinnützigen Träger in Konkurrenz zu gewerblichen Betreibern. Der Schutz des Wettbewerbs tritt um der Förderung der steuerbegünstigten Zwecke willen zurück (§ 65 Nr. 3 AO). Das Stichwort des Wettbewerbs³²⁷ verweist auf ein verfassungsrechtlich³²⁸ und europarechtlich geschütztes „grundlegendes Steuerungsprinzip der Marktwirtschaft“³²⁹.

II. Verfassungsrechtliche Aspekte der Gewährleistung des freien Wettbewerbs (Art. 3 Abs. 1, Art. 12 GG)

Auf der Grundlage des § 65 AO entscheidet der Rechtsanwender über den Zielkonflikt zwischen der Wettbewerbsneutralität der Besteuerung und der Förderung gemeinnütziger Zwecke. Es geht um die Prüffrage, ob die steuerliche Förderung eines Zweckbetriebs schwerer wiegt als die Wettbewerbsbeeinträchtigungen steuerpflichtiger Anbieter.³³⁰

Eine rechtfertigungsbedürftige Wettbewerbssituation ist gegeben, wenn der Leistungsempfänger die Möglichkeit hat, gleiche Leistungen unter vergleichbaren Bedingungen jederzeit auch bei nicht begünstigten Anbietern zu erhalten.³³¹ Sind gemeinnützige Körperschaft und nicht begünstigter gewerblicher Anbieter auf demselben Markt zu im Wesentlichen gleichen Bedingungen und mit im Wesentlichen gleicher Leistungsqualität tätig, kann man nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass die unentbehrliche (§ 65 Nr. 1 und 2 AO) entgeltliche Verfolgung eines bestimmten Ziels im Allgemeininteresse liegt und deswegen das Interesse der Mitbewerber an einem unverfälschten Wettbewerb zurücktreten muss.

Das Wettbewerbsargument ist für das Verfassungs- wie für das Europarecht³³² dort von zentraler Bedeutung, wo gemeinnützige Träger in die Verteilung von Waren und Dienstleistungen eingeschaltet sind. Diese Leistungen können im Verhältnis zu Vereinsmitgliedern sowie – vor allem – gegenüber Dritten erbracht werden. Die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO hebt ab auf den verfassungsrechtlich geschützten Grundsatz der Wettbewerbsneutralität des Steuerrechts. Der Wettbewerb zwischen den Marktanbietern soll – grundsätzlich – nicht durch steuerliche Privilegien zugunsten einzelner Anbieter verfälscht werden. Das

Wettbewerbsargument tritt zurück, wenn dies zur Erfüllung gemeinnützigkeitsrechtlich privilegierter Zwecke unvermeidbar ist. Für das europäische Recht der staatlichen Beihilfen an Unternehmen (Art. 107 ff. AEUV) ist der Schutz eines durch staatliche Eingriffe nicht verfälschten Wettbewerbs von überragender Bedeutung,³³³ denn gemeinnützige Körperschaften, die sich wirtschaftlich betätigen – mithin in den Sphären der wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe einschließlich der Zweckbetriebe – sind grundsätzlich Unternehmer i.S. der EU-Beihilfevorschriften³³⁴. Die Entscheidungspraxis der EU-Kommission wird daraufhin zu untersuchen sein, ob die zweckbetriebliche Leistungserbringung durch Amateurvereine gegenüber ihren Mitgliedern – auf dem sog. inneren Markt – unternehmerisch i.S. des Beihilferechts ist.

Der Wettbewerb ist als solcher gemeinwohldienlich, denn „Gemeinwohl geht indirekt aus dem offenen Wettbewerb der privaten Egoismen hervor, unabhängig von subjektiven Motiven als objektiver Effekt“.³³⁵ Eine steuerliche Begünstigung wirtschaftlicher Betätigung ist gegenüber der Privilegierung im nichtunternehmerischen ideellen Bereich „ein qualitatives ‚Mehr‘“, da sie dem Begünstigten einen wirtschaftlich relevanten Wettbewerbsvorteil verschafft, dem ein unmittelbarer Nachteil der Wettbewerber entspricht.³³⁶

Eingriffe des Steuergesetzgebers in den freien Wettbewerb sind nach der Rspr. des BVerfG am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG zu messen; sie müssen durch einen hinreichenden Grund legitimiert sein.³³⁷ Die Wettbewerbsneutralität wird ferner mit der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit begründet³³⁸. Ein verfassungsrechtlicher Rechtfertigungsgrund wäre weder als Prämie für die Verfolgung ideeller Zwecke noch des „Mittelbeschaffungsbetriebs“ anzunehmen.³³⁹ Rechtlich unerheblich sind nur die Wettbewerbsvorteile, die unabhängig vom steuerlichen Gemeinnützigkeitsstatus bestehen, wie z.B. Vorteile bei den Lohnkosten, geringere Markterschließungskosten³⁴⁰ und ein spezifischer goodwill aufgrund des zivilgesellschaftlichen Gütesiegels „gemeinnützig“.

Allerdings zielt der Gleichheitssatz auch zur Gewährleistung des Wettbewerbs nicht auf eine strikte Gleichbehandlung von Marktteilnehmern. Michael Droege³⁴¹ bemerkt zu Recht: „Das Verdikt der

Verfassungswidrigkeit trifft eine Wettbewerbsverzerrung erst dann, wenn sie nicht durch einen hinreichend gewichtigen Grund zu rechtfertigen ist.“ Dies hat das BVerfG im Zusammenhang mit der umsatzsteuerlichen Bevorzugung des Verkehrs mit Taxen gegenüber dem Verkehr mit Mietwagen (§ 10 Abs. 2 Nr. 10 UStG) klargestellt. Hiernach kommt es darauf an, „ob eine ganze Gruppe von Steuerpflichtigen ohne hinreichenden sachlichen Grund stärker belastet wird als andere und dadurch in eine empfindlich ungünstigere Wettbewerbslage gerät“.³⁴² Unter Bezugnahme hierauf hat der BFH jüngst entschieden:³⁴³

„Die Grenze seines Gestaltungsspielraums überschreitet der Gesetzgeber erst dann, wenn sich kein sachlicher Grund für die getroffene Differenzierung finden lässt, der auf nachvollziehbaren Erwägungen z.B. finanzpolitischer, volkswirtschaftlicher, sozialpolitischer oder steuertechnischer Art beruht (vgl. BVerfG v. 10.02.1987 - 1 BvL 18/81 und 20/82, BVerfGE 74, 182, m.w.N.). Somit ist der Gesetzgeber in seiner Entscheidung darüber, welche Personen oder Unternehmen durch eine Steuerverschonung begünstigt werden sollen, weitgehend frei, solange er die Begünstigungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten, also willkürlich gewährt (BVerfG v. 20.4.2004 1 BvR 1748/99, 905/00, BVerfGE 110, 274, 293). Dabei stehen ihm sachbezogene Gesichtspunkte in sehr weitem Umfang zu Gebote. Diese Erwägungen gelten auch dann, wenn der Gesetzgeber eine Subvention steuerrechtlich durch eine Abgabenbefreiung verwirklicht, statt eine direkte finanzielle Zuwendung vorzunehmen (Entscheidungen des BVerfG in BVerfGE 110, 274, 293, und v. 07.11.1995 - 2 BvR 413/88 und 1300/93, BVerfGE 93, 319, 350).“

Dies vorausgesetzt ist die Frage, ob eine festgestellte Wettbewerbsbeeinträchtigung unvermeidbar i.S. des § 65 Nr. 3 AO ist, vor dem Hintergrund der von Art. 3 Abs. 1 GG geschützten staatlichen Wettbewerbsneutralität zu beantworten. Es ist zwischen den Interessen der Allgemeinheit an einem intakten Wettbewerb und denen des zweckbetrieblich tätigen Marktteilnehmers an der staatlichen Förderung abzuwägen.³⁴⁴ Sind die von der Körperschaft verfolgten gemeinnützigen Zwecke auch ohne steuerrechtlich begünstigte entgeltliche Tätigkeit zu erreichen, so ist eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vermeidbar.³⁴⁵

Nach hier vertretener Auffassung ist die Privilegierung der

Leistungserbringung im Zweckbetrieb gerechtfertigt aufgrund der Verfolgung satzungsgemäß festgelegter ideeller Ziele im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit, durch die ausschließliche, selbstlose und unmittelbare Gemeinwohlorientierung, die Generierung eines zivilgesellschaftlichen Mehrwerts qualitativ hochwertiger und der Allgemeinheit zugänglicher, weil erschwinglicher Leistungen unter Einbindung des ehrenamtlichen Engagements. Die besondere Pflichtenbindung wird durch demokratische Strukturen des rechtlichen Formats der Träger und durch die staatliche Aufsicht sichergestellt.

III. Die Grundidee des Zweckbetriebs

Das Gutachten des Münchener IFO-Instituts „Die Besteuerung gemeinnütziger Organisationen im internationalen Vergleich“ (Mai 2005)³⁴⁶ kommt zu dem Ergebnis, dass in allen Ländern Zweckbetriebe akzeptiert werden, ohne dass die Steuerfreiheit im eigentlichen gemeinnützigen Bereich verloren geht.

Der Gesetzgeber hat dem Grundgedanken des unverfälschten Wettbewerbs in § 65 Nr. 3 AO im Rahmen eines Abwägungsvorgangs³⁴⁷ ausdrücklich Rechnung getragen.³⁴⁸ „Der Abwägungsprozess in § 65 Nr. 3 ist prototypisch für das vom Gesetzgeber gewählte bewegliche System“.³⁴⁹ Das Gesetz nimmt Wohlfahrtsverluste aus Wettbewerbsbeeinträchtigungen in Kauf, wenn dies aus Gründen der Erfüllung gemeinwohldienlicher Zwecke unvermeidbar ist.³⁵⁰ Wenn und soweit die zweckbetriebliche Leistung förderwürdig ist, haben der allgemeinen Besteuerung unterliegende Konkurrenten dies aus übergeordneten Gemeinwohlerwägungen hinzunehmen.³⁵¹

Das satzungsmäßige Selbstverständnis eines Rechtsträgers, insbesondere eine gemeinwohlorientierte Gesinnung („pia causa“), ist rechtlich irrelevant. Nicht jeder Dritte Welt-Laden oder fair trade-Laden ist gemeinnützig.³⁵²

Im historischen Ursprung war es die Idee des Zweckbetriebs, dass der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb überwiegend solchen Personen Leistungen erbringt, die nicht zum tatsächlichen oder potenziellen Kundenkreis steuerpflichtiger Anbieter zählen. Diese Idee ist heute auf

einer generalisierenden Abstraktionsebene angesiedelt und wirkt in der aktuellen Rechtsprechung des BFH und des EuGH fort (ausführlich oben A.I.3.).

Dieses Rechtsinstitut ist vom Reichsfinanzhof (RFH) entwickelt worden.³⁵³ Dieser ging zu Recht davon aus, dass die existenzielle Abhängigkeit von einem bestimmten Gut als solche noch keine tragfähige Begründung dafür liefert, den Leistungserbringer steuerlich – im Interesse des Empfängers, der die Leistung idealiter preislich günstiger erhalten soll – zu fördern. Der Bäcker, der uns unser tägliches Brot verkauft, mehrt zwar das Gemeinwohl, ist aber eigennütziger Gewerbetreibender. Der RFH rechtfertigte ein Förderbedürfnis aufgrund der auf die Idee des Marktversagens bezogenen Prüffrage, ob eine Körperschaft die Teilhabe an Gütern vermittelt, die durch wirtschaftliche Selbstregulierung – durch „den Markt“ – allein nicht sichergestellt werden kann. Er verneinte eine Wettbewerbssituation, wenn die hilfsbedürftige Bevölkerung sich „die lebensnotwendigen Gegenstände auch nicht zu den vom freien Handel gewährten billigsten Preisen beschaffen kann“. Die Grundsatzentscheidung des RFH³⁵⁴ zur *mensa academica* aus dem Jahre 1930 vertieft diesen Ansatz:

„Von einer ausschließlichen Gemeinnützigkeit auf wirtschaftlichem Gebiete (kann) . . . erst die Rede sein, wenn ein Wirtschaftszweig oder wenn wirtschaftliche Kräfte, deren Verkümmern auf die Dauer nicht ohne schädliche Rückwirkung auf die Wohlfahrt des Ganzen stehen kann, die wirtschaftliche Befriedigung ihrer Bedürfnisse aus irgendwelchen Notständen im freien Wettbewerb nicht finden können und daher auf uneigennützige Hilfe angewiesen sind.“

Der hinter der Rechtsprechung des RFH liegende Grundgedanke ist selbsterklärend: Gegenüber dem Bedürfnis von Studenten, sich zu einem günstigen Preis zu verpflegen, versagt der durch die ortsansässige Gastronomie versorgte „reguläre“ Markt. Zu einer „Anstalt zur Versorgung Minderbemittelter“ – im heutigen Sprachgebrauch eine „Tafel“ – heißt es im RFH-Urt. v. 24.9.1937: Ein Wettbewerb mit privaten Gaststätten sei ausgeschlossen,

„wenn das Essen nur an solche Personen verabfolgt wird, die beim Fehlen derartiger Einrichtungen wirtschaftlich nicht der Lage sein würden, sich

in einer privaten Gaststätte eine ausreichende Verpflegung zu erstehen. Es muss freilich sichergestellt sein, dass das billige Essen nur an wirklich Bedürftige abgegeben wird.“

Die Angebote von gemeinnütziger Körperschaft und „freiem“ Anbieter sind auf zwei verschiedene Marktsegmente ausgerichtet.³⁵⁵ Die Argumentation des RFH lässt sich mit dem Schlagwort vom „Marktversagen“ verdeutlichen. Diese Sicht ist für das Verständnis des Zweckbetriebs richtungweisend. Sie erklärt, warum im historischen Ursprung die Bürgerküche zur Versorgung Minderbemittelter,³⁵⁶ das Heim für Minderbemittelte,³⁵⁷ das Armenspital,³⁵⁸ das „Siechenheim“ (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 GemVO), Waisenhäuser, Altersheime³⁵⁹ und Kindergärten jedenfalls für „Bedürftige und Minderbemittelte“ als historisch verbürgte Prototypen des mildtätigen Zweckbetriebs gelten.

In allen vorgenannten Fällen geht es um die Teilhabe an Gütern, die durch ökonomische Selbstregulierung – „den Markt“ – allein nicht sichergestellt werden kann.³⁶⁰

IV. Aktualisierung des Rechtsbegriffs „Zweckbetrieb“

Die Rechtsidee des Zweckbetriebs ist heute noch aktuell, sie bedarf freilich einer Aktualisierung (s. zunächst oben. A. I.3.). Nach wie vor ist der staatliche Eingriff in den Wettbewerb durch selektive Förderung zu rechtfertigen anhand der Prüffrage, ob eine Körperschaft die Teilhabe an Gütern vermittelt, die durch gesellschaftliche / ökonomische Selbstregulierung allein nicht sichergestellt werden kann. Hüttemann³⁶¹ ist darin zuzustimmen, wenn er sagt, dass ein unvermeidbarer Wettbewerb im Sinne von § 65 Nr. 3 AO durch ein Überwiegen der Allgemeinwohlvorteile gegenüber den Wohlfahrtsverlusten aus Wettbewerbsbeeinträchtigungen gekennzeichnet ist. „Dieser Fall ist anzunehmen, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb überwiegend solche Personen versorgt, die nicht zum tatsächlichen oder potenziellen Kundenkreis steuerpflichtiger Anbieter zählen.“

Indes haben sich viele Gemeinwohlzwecke „erledigt“, weil der Sozialstaat durch umfängliche Vor- und Nachsorge des Leistungsrechts – mit dem Sozialhilferecht, durch Wohngeld, zusätzliche Hilfen für

Schwerbehinderte, Ausbildungsförderung, Familienleistungen, Kinder- und Jugendhilfe, Arbeitsförderung usw. – das Entstehen von Marktversagen verhindert oder dessen Folgen ausgleicht. Soweit es um Hilfe für den Lebensunterhalt geht, wird die Problemlage durch die Gewährung von Sozialhilfe oder durch sonstige Zuwendungen bewältigt. Dem Mangel an individuellen Vorsorgedruck hilft der Gesetzgeber durch Pflichtversicherungen ab. Der zentrale Aspekt des Marktversagens ist zum einen umzulenken auf die Bereitstellung hochwertiger Infrastrukturen z.B. im Bereich der Telekommunikation und des Flugverkehrs (oben I. A. 3.), aber auch auf den von gemeinnützigen Anbietern generierten spezifisch zivilgesellschaftlichen Mehrwert, der sich auszeichnet durch die inhaltliche Qualität bei gleichzeitiger Erschwinglichkeit von Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI).³⁶²

„Der Markt“ kann Leistungen zur Bedürfnisbefriedigung oder zum Konsum, auch zum „Konsum von Sport“ anbieten, die sich nach ihrem äußeren Erscheinungsbild von den Leistungen gemeinnütziger Träger nicht unterscheiden. Die Perspektive weitet sich, wenn der rechtliche und organisatorische Rahmen der Leistungen gemeinnütziger Träger in die Betrachtung einbezogen wird. Dieser wird gekennzeichnet durch die Nutzungsbedingungen, die diskriminierungsfrei sind bei gleichzeitig hohem Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Gleichbehandlung, durch einen durch Erschwinglichkeit ermöglichten universellen Zugang, zugleich eingebettet in sozial und partizipativ offene Strukturen vor allem „unter dem Dach“ eines Vereins sowie unter Einbindung ehrenamtlichen Engagements. Gemeinnützige Träger sind – bezogen auf Sportvereine – traditionell und bestimmungsgemäß in marktfernen Bereichen wie der Jugendförderung³⁶³ und des Breitensports tätig. Es ist schlicht undenkbar, dass ehrenamtliches Engagement in ein gewinnorientiertes Unternehmen eingebunden werden könnte, im Sport ebenso wenig wie im Rettungsdienst. Die Aktivierung von Ehrenamtlichen kann nur funktionieren unter den grundlegenden steuerlichen Rahmenbedingungen der Gemeinnützigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Grundsätze einer Bindung des ideellen Zwecken gewidmeten Vermögens und der Selbstlosigkeit vor allem i.S. eines Ausschüttungsverbots. Steuerliche und andere Vergünstigungen bewirken im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit, dass sie über die Qualität der Leistung und auch über

das Entgelt „weitergegeben“ werden. Hinzu kommt, dass die Bemessung des Entgelts – konkret: die Vereinsbeiträge und / oder Nutzungsgebühren – grundsätzlich nicht auf Gewinnmaximierung angelegt ist. Dies ist z.B. in § 9 Abs. 2 des Gesetzes zur Sportförderung in Mecklenburg-Vorpommern v. 09.09.2002 festgeschrieben:

„Die Nutzung öffentlicher und mit Landesmitteln geförderter Sportstätten bedingt regelmäßig die Erhebung von privatrechtlichen Entgelten oder von Nutzungsentgelten auf der Grundlage von Gebührenregelungen. Die Höhe der Gebühren orientiert sich an der Sozialverträglichkeit und dem Kostendeckungsprinzip. Träger öffentlicher Sportstätten können diese zum Zwecke ihrer Nutzung kostenfrei zur Verfügung stellen.“

Die Gesamtheit der gemeinnützigen Träger konstituiert in Gesellschaft und Staat ein von sozialer Kultur geprägtes Gemeinwesen, auch durch Schaffung sozialer Bindungen und Vernetzungen. In der Hierarchie der autonomen Sportverbände wird die haushaltsrechtliche Ausrichtung der Verausgabung von Mitteln auf die „Erfüllung der Aufgaben“ von Bund und Ländern (§ 2 Satz 1 BHO), mithin zur Förderung eines „erheblichen öffentlichen Interesses“ (§ 23 BHO), und die auf zahlreichen Normebenen festgeschriebene Verpflichtung auf die gemeinwohlorientierten Ideale des Sports bei gleichzeitiger Einbindung des ehrenamtlichen Engagements „weitergegeben“. Die institutionell gesicherte zweckwahrende „Transmission“ prädestiniert die Vereine und Verbände, als Akteure der Zivilgesellschaft und Partner des Staates bei der Förderung des Sports mitzuwirken. Die Haushaltsmittel der staatlichen Sportförderung werden effizient für die Finanzierung von Leistungen eingesetzt, die „der Markt“ in dieser Qualität nicht erbringen kann.

Dieses Wissen um die qualitativ besondere Leistungserbringung durch Organisationen der Zivilgesellschaft setzt sich in Europa durch. In der Mitteilung der Kommission³⁶⁴ v. 26.04.2006 heißt es zu den organisatorischen Merkmalen der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse:

„Aus der Konsultation der Mitgliedstaaten und der Organisationen der Zivilgesellschaft ergibt sich, dass aufgrund dieser spezifischen Merkmale die Sozialdienste bei der Erfüllung ihrer Aufgaben von allgemeinem Interesse de facto oft eines oder mehrere der nachstehenden

organisatorischen Merkmale aufweisen:

- *Funktion nach dem Grundsatz der Solidarität, unter anderem in dem Sinne, dass Risiken ausgeschlossen werden und kein Ausgleich zwischen Beiträgen und Leistungen im Einzelfall stattfindet;*
- *flexible und personenbezogene Arbeitsweise mit Lösungen für die verschiedensten Bedürfnisse, um die Menschenrechte zu garantieren und die am stärksten gefährdeten Personengruppen zu schützen;*
- *ohne Erwerbszweck, unter anderem im Hinblick auf besonders schwierige Situationen, oft auch historisch bedingt;*
- *freiwillige bzw. ehrenamtliche Mitarbeit, als Ausdruck aktiven Bürgersinns;*
- *starke Verankerung in kulturellen (lokalen) Traditionen. Dies kommt insbesondere in der räumlichen Nähe zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Nutzer zum Ausdruck, wodurch die spezifischen Bedürfnisse des Nutzers besser berücksichtigt werden können . . .“*

Dies trifft im Kern das Proprium der zweckbetrieblichen Leistungserbringung im Bereich der Wohlfahrtspflege, der Kultur und nicht zuletzt des zivilgesellschaftlich organisierten Spitzen-, Amateur- und Breitensports.

V. Plurale Erscheinungsformen des Zweckbetriebs

Der nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen aktualisierte Rechtsbegriff „Zweckbetrieb“ zeitigt eine Reihe realtypisch und rechtlich unterschiedlicher Erscheinungsformen („Typen“), die auf jeweils eigenen Abwägungsrelationen beruhen. Dies sind namentlich:

- der klassisch „bereitstellende“ daseinsvorsorgende Zweckbetrieb, durch den Marktversagen kompensiert werden soll. Als Beispiel sind die „Tafeln“ zu nennen. Sie verteilen Lebensmittel, ohne dass der marktwirtschaftlich organisierte Lebensmittelhandel oder die regionalen gastronomischen Betriebe Kunden verlören und / oder Umsatzeinbußen befürchten müssten;
- der Zweckbetrieb, dessen Leistung durch eine besondere Art der

Betreuung marktferne Leistungen erbringt. Hier ist zu denken an die Jugendarbeit im Sportverein, auch an die von einem Wohlfahrtsverband oder einer Pfarrei pädagogisch betreute Jugendreise;

- der Zweckbetrieb, der sich um Erwachsene kümmert, etwa in einer Integrationsgesellschaft oder einer Beschäftigungsgesellschaft. In dem vom BFH³⁶⁵ entschiedenen Fall eines „Mahlzeitendienstes“, der mit Arbeitnehmern aus dem prekären Milieu arbeitete, ist aus Rechtsgründen die Frage zu stellen, ob z.B. die örtlichen Gastronomiebetriebe und Catering-Unternehmen um des sozialen Effekts willen hinnehmen müssen, dass betreuungsbedürftige Personen unter fachlicher Anleitung nicht nur eine Versuchsküche betreiben, sondern auch einen vermarktbaren Wert schaffen;
- der Zweckbetrieb mit Leistungserbringung in Verfolgung konkurrierender bzw. pluralistischer Gemeinwohlzwecke, durch den – vor allem im Bereich von Wissenschaft und Kultur – Pluralität geschaffen werden soll. Zum Beispiel muss die gewerbliche Konzertagentur hinnehmen, dass die Kantorei zeitgleich ebenfalls das Weihnachtsoratorium aufführt. Die Vielfalt des kulturellen Angebots ist ein „Wert an sich“. Kultur ist per definitionem „vielfältig“.

Bei allen Arten von Zweckbetrieben hat das zivilgesellschaftliche Element der Einbindung ehrenamtlicher Mitwirkung eine zentrale Bedeutung.

VI. Der anerkannte Dualismus von Non-Profit-Organisationen und gewerblichen Anbietern

Teil XI Kapitel 2 der MwStSystRL regelt „Steuerbefreiungen für bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“. Unter dieser amtlichen Überschrift des Art. 132 Abs. 1 Buchst. m MwStSystRL werden begünstigt

„bestimmte, in engem Zusammenhang mit Sport und Körperertüchtigung stehende Dienstleistungen, die Einrichtungen ohne Gewinnstreben an Personen erbringen, die Sport oder Körperertüchtigung ausüben.“

Ergänzend formuliert Art. 133 MwStSystRL Einschränkungen, die im sachlichen Kern auf die zweckbetrieblichen Leistungen gemeinnütziger

Rechtsträger abzielen:

„Die Mitgliedstaaten können die Gewährung der Befreiungen nach Artikel 132 Absatz 1 Buchstaben b, g, h, i, l, m und n für Einrichtungen, die keine Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind, im Einzelfall von der Erfüllung einer oder mehrerer der folgenden Bedingungen abhängig machen:

- a) Die betreffenden Einrichtungen dürfen keine systematische Gewinnerzielung anstreben; etwaige Gewinne, die trotzdem anfallen, dürfen nicht verteilt, sondern müssen zur Erhaltung oder Verbesserung der erbrachten Leistungen verwendet werden.*
- b) Leitung und Verwaltung dieser Einrichtungen müssen im Wesentlichen ehrenamtlich durch Personen erfolgen, die weder selbst noch über zwischengeschaltete Personen ein unmittelbares oder mittelbares Interesse am wirtschaftlichen Ergebnis der betreffenden Tätigkeiten haben.*
- c) Die Preise, die diese Einrichtungen verlangen, müssen von den zuständigen Behörden genehmigt sein oder die genehmigten Preise nicht übersteigen; bei Umsätzen, für die eine Preisgenehmigung nicht vorgesehen ist, müssen die verlangten Preise unter den Preisen liegen, die der Mehrwertsteuer unterliegende gewerbliche Unternehmen für entsprechende Umsätze fordern.*
- d) Die Befreiungen dürfen nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil von der Mehrwertsteuer unterliegenden gewerblichen Unternehmen führen.“*

Nach Ansicht des EuGH bezieht sich das Tatbestandsmerkmal „Einrichtung ohne Gewinnstreben“ nicht auf die Einrichtung als Ganzes mit sämtlichen von ihr entfalteten Tätigkeiten.³⁶⁶ Der EuGH führt aus, dass die im Katalog des Art. 13 Teil A Abs. 1 der 6. Mehrwertsteuerrichtlinie – nunmehr: Art. 132 Abs. 1 MwStSystRL – genannten Steuerbefreiungen Einrichtungen begünstigen, die „im öffentlichen Interesse“ auf dem Sozial-, Kultur- und Sportsektor oder in einem ähnlichen Bereich tätig seien. Der Zweck der Befreiungsvorschriften bestehe darin, Einrichtungen, die mit ihren Tätigkeiten keine kommerziellen Ziele verfolgen, mehrwertsteuerrechtlich günstiger zu behandeln als die gewerblichen Anbieter.

In seiner Entscheidung in der Rs. Kennemer Golf & Country Club stellt der EuGH³⁶⁷ auf das Ziel der Einrichtung insgesamt ab: Im Gegensatz zum Zweck eines kommerziellen Unternehmens dürfe eine Einrichtung, um als eine solche „ohne Gewinnstreben“ eingestuft werden zu können, nicht darauf ausgerichtet sein, für ihre Mitglieder Gewinn zu erwirtschaften. Ob diese Voraussetzung erfüllt sei, müsse einerseits anhand des satzungsmäßig verfolgten Zwecks der Einrichtung und andererseits anhand der konkreten Umstände des Falles beurteilt werden. Das „systematische Anstreben eines Überschusses“ stehe der Qualifikation einer Einrichtung als einer solchen „ohne Gewinnstreben“ nicht entgegen, solange die erwirtschafteten Überschüsse nicht an die Mitglieder der Einrichtung verteilt würden. Die Befreiungsvorschrift verbiete einer Einrichtung aber nicht, ihr Geschäftsjahr mit einem Gewinn abzuschließen, da die Einrichtung andernfalls nicht imstande wäre, „Rücklagen für die Finanzierung der Erhaltung und künftigen Verbesserung ihrer Anlagen zu bilden“. Ein Überschuss dürfe insoweit angestrebt werden, als die erwirtschafteten Überschüsse „anschließend für die Durchführung ihrer Leistungen verwendet“ werden. Die Organisation dürfe nicht die Bereicherung von natürlichen oder juristischen Personen bezwecken und müsse auch nach ihrer tatsächlichen Geschäftsführung in einer Art und Weise geführt werden, dass eine Bereicherung nicht verschafft werde oder versucht werde, sie zu verschaffen.

Dies findet eine Entsprechung im nationalen Gemeinnützigkeitsrecht, das grundsätzlich gewinnzweckfreie Tätigkeiten voraussetzt und für die zweckbetriebliche Leistungserbringung (§§ 65 ff. AO) eine die Steuerbegünstigung ausschließende Erwerbsorientierung (erst) dann annimmt, wenn die Körperschaft Gewinne anstrebt, die den konkreten Finanzierungsbedarf des jeweiligen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs übersteigen, z.B. wenn „die Wohlfahrtspflege mithin nur als Vorwand dient, um das eigene Vermögen zu mehren“.³⁶⁸ Für die gemeinnützige Organisation gilt ein striktes Ausschüttungsverbot. Damit wird eine deutliche Grenze gezogen zwischen den Marktteilnehmern einerseits, die ihre Leistungen – was hier wertneutral referiert wird – den Marktgesetzen folgend gewinnmaximierend erbringen, und den Leistungserbringern, die unter Einbindung von ehrenamtlichem Engagement in einem spezifisch zivilgesellschaftlichen Rechtsrahmen agieren, wobei der Einsatz

staatlicher Mittel einschließlich der steuerlichen Begünstigung darauf abzielt, die mittels Weitergabe der Förderung die Erschwinglichkeit ihrer Leistungen sicherzustellen und / oder die Qualität dieser Leistungen zu erhöhen. Zulässig und geboten ist auch eine Rücklagenbildung für die Erhaltung und Verbesserung des Investivvermögens der Körperschaft.

Der EuGH arbeitet in seinem Urteil in der Rs. Kennemer Golf & Country Club das Proprium der gemeinnützigen Organisation mit Überlegungen heraus, welche die Begünstigung von Non-Profit-Organisationen gegenüber ihren gewerblichen Konkurrenten materiell-rechtlich rechtfertigen. Dies verdeutlicht: Die MwStSystRL setzt den Dualismus zwischen – notwendigerweise miteinander konkurrierenden – selbstlosen und eigennützigen Marktteilnehmern voraus.³⁶⁹ Dieser Unterscheidung liegt eine strategische – im Kern gesellschaftspolitische – Richtungsentscheidung zugrunde, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Sozialdienstleistungen einen dem Gemeinwohl uneigennützig dienenden Sektor zwischen Staat und Markt akzeptiert.

Auf einer gewissen Abstraktionshöhe liegt ein Vergleich des Sports mit anderen Bereichen des Dritten Sektors nahe. Da z.B. die Kosten von Pflegedienstleistungen zunehmend von Versicherungen abgedeckt werden, ist der „Pflegemarkt“ auch für ausschließlich erwerbswirtschaftliche Unternehmen lukrativ. Der deutsche Gesetzgeber hat u.a. in § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 SGB XI (Pflegeversicherungsgesetz) die Gleichrangigkeit der gemeinnützigen Institutionen der Freien Wohlfahrtspflege und der privat-gewerblichen Träger ausdrücklich statuiert. Es spricht *prima vista* nichts dafür, dass dies dem europäischen Recht widersprechen würde. Im Gegenteil: In der Erklärung Nr. 23 der Maastrichter Schlussakte zur Zusammenarbeit mit den Wohlfahrtsverbänden heißt es:

„Die Regierungskonferenz betont, dass zur Erreichung der Ziele der in Artikel 136 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft genannten Ziele eine Zusammenarbeit der Europäischen Gemeinschaft mit den Verbänden der Wohlfahrtspflege und den Stiftungen als Trägern sozialer Einrichtungen und Dienste von großer Bedeutung ist.“

Es ist festzuhalten: Das europäische Recht erkennt die steuerliche Begünstigung in Bereichen an, in denen Wettbewerb mit gewinnorientierten Anbietern besteht. Es akzeptiert damit

Wettbewerbsvorteile der „Einrichtungen ohne Gewinnstreben“.

In einem Dokument des Rates der EU³⁷⁰ v. 20.11.2008 wird dieser Dualismus deutlich angesprochen. In den „Operativen Schlussfolgerungen des Ausschusses für Sozialschutz“ v. 20.11.2008 heißt es:

Schließlich hat der Ausschuss für Sozialschutz einige Themen herausgestellt, denen besondere Aufmerksamkeit zuteil werden sollte: . . .

Gemeinnützige Einrichtungen: Tätigkeiten im sozialen Bereich sind in der Regel nicht gemeinnützigen Einrichtungen vorbehalten. Da diese aber eine wichtige Rolle im sozialen Bereich spielen, sind ihre Fähigkeiten und Sachkunde in mehreren Mitgliedstaaten rechtlich anerkannt, und die Anerkennung könnte Konsequenzen für die Anwendung der gemeinschaftlichen Vorschriften haben.“

In einem jüngeren Dokument sieht der Rat der EU³⁷¹, der zugleich die Rolle der Sportbewegung, insbesondere der Sportvereine und der Verbände des Breitensports betont, den vorstehend beschriebenen Dualismus, wenn er die Mitgliedstaaten auffordert,

„auf geeigneter Ebene Anreize und Unterstützung für Initiativen zu bieten, die auf die Förderung körperlicher Aktivität im Sportsektor abstellen, wie spezielle Leitlinien für die Verbesserung der Angebote für körperliche Betätigung in lokalen Sportvereinen, spezifische Programme von Sportverbänden für bestimmte Sportarten und im Rahmen des Breitensports oder spezifische Aktionen in Fitnessclubs, die von der Sportbewegung und (!) der Fitnessbranche durchgeführt werden könnten und die Zusammenarbeit mit anderen Sektoren, insbesondere mit den Bereichen Bildung und Gesundheit, erleichtern könnten . . .“

Damit setzt der Rat der EU das Konkurrenzverhältnis zwischen gewerblichen Anbietern und Non-Profit-Organisationen als „systemimmanent“ voraus. Freilich bedarf dieses norminspirierende Prinzip einer Umsetzung im geschriebenen europäischen Recht, vor allem in Abstimmung mit der durch den AEUV normierten Markt- und Wettbewerbsordnung, welche das Funktionieren eines durch staatliche Eingriffe unverfälschten Wettbewerbs durch das Recht der Beihilfen sichert (Art. 101 ff. „Wettbewerbsregeln“; Abschn. 2 Art. 107 ff. „Staatliche Beihilfen“). Dabei kann es nicht darum gehen, dass die

Wettbewerbsordnung die Erbringung der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI) regiert. Vielmehr bedarf es einer abwägenden Abstimmung zwecks Herstellung einer praktischen Konkordanz gegenläufiger Prinzipien.

VII. Eine Parallele: Begünstigung der gemeinnützigen Wohlfahrtspflege

Die Frage nach der Begünstigung gemeinnütziger Rechtsträger in einer verfassungsrechtlich gewährleisteten Wettbewerbsordnung stellt sich z.B. auch für Träger der Wohlfahrtspflege. Die Ergebnisse der dort geführten Diskussion können auch für die ideellen Träger des Sports fruchtbar gemacht werden.

1. Das 12. Hauptgutachten der Monopolkommission (1996/1997) – Krankenhäuser

Die Monopolkommission³⁷² hat in ihrem 12. Hauptgutachten 1996/1997 den Gesetzgeber aufgefordert, im Wege einer grundlegenden Erneuerung auch des Gemeinnützigkeitsrechts einen EU-rechtlich kompatiblen ordnungspolitischen Rahmen für die Sozialsysteme und vor allem für die Erbringung von Sozialdienstleistungen zu schaffen. Sie weist darauf hin, dass die sozialen Dienstleistungen der Freien Wohlfahrtspflege zu ca. 80 v.H. aus Leistungsentgelten finanziert würden. Die Konkurrenzsituation am bundesdeutschen „Pflegemarkt“ sei angesichts der Finanzierung von Pflegeleistungen durch eine Pflichtversicherung nicht zu übersehen. Da z.B. die Kosten von Pflegedienstleistungen zunehmend von Versicherungen abgedeckt würden, sei dies keine Branche, welcher der gewährleistende Staat zwecks Behebung von Marktversagen unter die Arme greifen müsste. Dieser Markt sei auch für ausschließlich erwerbswirtschaftliche Unternehmen lukrativ. Mittlerweile habe der deutsche Gesetzgeber u.a. in § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 SGB XI (Pflegeversicherungsgesetz) die Gleichrangigkeit der gemeinnützigen Institutionen der Freien Wohlfahrtspflege und der privat-gewerblichen Träger ausdrücklich statuiert. Nach diesem dualistischen System können z.B. Altersheime durch gemeinnützige ebenso wie durch gewerbliche Träger betrieben werden; der Vorrang der Freien Wohlfahrtspflege ist damit beseitigt.

2. Das 20. Hauptgutachten 2012/2013 der Monopolkommission – Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe

Strukturell vergleichbare Problemlagen hat die Monopolkommission in ihrem 20. Hauptgutachten (2012/2013) am Beispiel der Kinder- und Jugendpflege erörtert. Die Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und in der Kindertagespflege ist das mit Abstand größte Leistungsfeld der Kinder- und Jugendhilfe.³⁷³ Auch dieser Markt ist eine Wachstumsbranche, die für gewerbliche Anbieter – zunehmend auch im Bereich der Kitas – attraktiv ist. Die Anerkennung als freier Träger der Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII – neben den Voraussetzungen der Tätigkeit auf dem Gebiet der Jugendhilfe, fachlicher und personeller Voraussetzungen sowie der Gewähr für eine den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit – ist i.d.R. an den Status der Gemeinnützigkeit geknüpft. Eine förmliche Anerkennung als „freier Träger“ der Kinder- und Jugendhilfe ist nach § 75 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII nur für gemeinnützige Träger möglich. Private Akteure sind typischerweise als eingetragene Vereine und zunehmend in Form einer GmbH oder einer Stiftung bürgerlichen Rechts organisiert. Diese konkurrieren mit gewerblichen Anbietern, was vom Gesetzgeber – ebenso wie in der Altenpflege – gewollt ist. § 5 Abs. 1 SGB VIII normiert: „Die Leistungsberechtigten haben das Recht, zwischen Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger zu wählen und Wünsche hinsichtlich der Gestaltung der Hilfe zu äußern. Sie sind auf dieses Recht hinzuweisen.“

Im Kapitel „Wettbewerbsdefizite und Gemeinnützigkeit“ kommt die Monopolkommission³⁷⁴ zu dem Schluss, dass das gewachsene „korporatistische Konstrukt eines jahrzehntelangen Closed Shop“ auch heute noch Dritten erschwert, Dienstleistungen auf dem Markt der Kinder- und Jugendhilfe anzubieten. Zwar habe das SGB VIII von 1990 zu einer zumindest partiellen Aufwertung privater Träger, die nicht in den sechs Spitzenverbänden organisiert sind, in der Kinder- und Jugendhilfe geführt; dennoch existierten noch immer zahlreiche Privilegien, die i. d. R. eng mit dem Status der Gemeinnützigkeit der Leistungserbringer verbunden seien. Neben steuerrechtlichen Privilegien erhielten gemeinnützige Körperschaften bevorzugt Fördermittel für Kindertageseinrichtungen im Vergleich zu privaten Anbietern. Die Kommission erachtet es als

vorzugswürdig, Förderungen generell stärker am Förderungszweck und weniger an der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit bestimmter Träger zu orientieren. Nur durch eine Förderung, die unabhängig von der Trägerschaft erfolge, könne sichergestellt werden, dass es nicht zu Benachteiligungen einzelner Anbieter komme.

Die steuerlichen Privilegien erkennt die Monopolkommission nicht als gerechtfertigt an (Rdnr. 338):

„Eine steuerliche Privilegierung gemeinnütziger Anbieter kann auch nicht damit begründet werden, dass diese auf eine eigennützige Gewinnverwendung, wie sie privatwirtschaftlichen Anbietern grundsätzlich möglich ist, verzichten. Unabhängig davon, dass in der Praxis auch privatwirtschaftliche Einrichtungen ihre Überschüsse oft reinvestieren, ist die Erzielung von Überschüssen per se nicht gemeinwohlschädigend. Vielmehr ist sie Antrieb für effizientes Wirtschaften und die Belohnung für innovatives Handeln.“

Hierzu ist kritisch anzumerken: Die Monopolkommission verkennt, dass ein Vergleich zwischen dem Ausschüttungsverbot und der Reinvestition nicht möglich ist. Letztere ist eine Verfügung über zugeflossenes / bezogenes Einkommen, welche die Vermögensmehrung beim Unternehmen mittels Umschichtung eigenen Vermögens perpetuiert. Im Übrigen verkennt die Monopolkommission, dass auch die Non-Profit-Organisationen gemeinnützigkeitsrechtlich zu effizientem Wirtschaften verpflichtet sind.

Nach § 74a SGB VIII regelt das Landesrecht die Finanzierung von Tageseinrichtungen. Die Kommission listet die landesrechtlichen Regelungen auf, nach denen – fast ausschließlich - privatwirtschaftliche Träger nicht gefördert werden. Aus Sicht der Monopolkommission sind notwendige Fördermaßnahmen unabhängig von der Trägerschaft zu gewähren. Die landesrechtlichen Normen, die auf eine Bevorzugung der gemeinnützigen Träger hinauslaufen, werden zwar rechtspolitisch kritisiert, aber auch von der Monopolkommission nicht mit verfassungsrechtlichen Argumenten in Frage gestellt.

VIII. Rechtfertigung einer Privilegierung – der Dritte Sektor hat eine Bringschuld

Für den gesamten Dritten Sektor besteht die gesellschaftliche und rechtliche Bringschuld, das zivilgesellschaftliche Proprium der Leistungserbringung durch gemeinnützige Träger zu belegen. Im Sektor der Sozialdienstleistungen spricht die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAFWG)³⁷⁵, die die Wertgebundenheit der Sozialdienstleistungen hervorhebt, zu Recht von einem „zivilgesellschaftlichen Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“. Die Wohlfahrtsverbände haben sich auf gemeinsame Qualitätsorientierungen verständigt, die dem Leistungsgeschehen gerecht werden sollen, ihre Wertorientierung einbeziehen und den personenbezogenen Hilfeansatz berücksichtigen.³⁷⁶ Um die der Gesellschaft gegenüber bestehende Bringschuld zu erfüllen, haben sich die Wohlfahrtverbände das ehrgeizige Ziel gesetzt, mit dem Hinweis auf eine wertgebundene Qualitätspolitik,³⁷⁷ durch die Statuierung von *corporate governance*-Regeln, durch die Einbindung von Ehrenamtlichen und durch die Gewährleistung der Versorgung in der Fläche auch in weniger lukrativen Regionen den zivilgesellschaftlichen Mehrwert ihrer Leistungen darzutun. In ihrem Memorandum „Zivilgesellschaftlicher Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“ (2004) heißt es:

„Die deutschen Wohlfahrtsverbände sind ‚zivilgesellschaftliche Akteure‘. Ihre besondere Aufgabe ist, die zivilgesellschaftlichen Kräfte für verbandliches Engagement zu gewinnen und dadurch Dienste anzubieten, die den Bedürfnissen der von sozialen Nöten betroffenen Menschen gerecht werden und die von einer besonderen Qualität geprägt sind. Dies entspricht dem durch den Europäischen Verfassungsvertrag in die EU neu eingebrachten Prinzip der partizipativen Demokratie‘, die alle Bürger und Bürgerinnen dazu aufruft, Politik mitzugestalten.“

Das Memorandum der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAFWG) definiert den Qualitätsrahmen der von ihren Mitgliedern erbrachten sozialen Dienste wie folgt:

„Leitbildorientierung: Leitbilder stellen einen wertebezogenen Orientierungsrahmen im konkreten Alltagshandeln des sozialen Dienstes dar.

Nutzerorientierung: Die Hilfen und Dienstleistungen werden von den Bedürfnissen und Bedarfen der Menschen her entwickelt und angeboten.

Gemeinwesen- und Bürgerorientierung: Freiwilligen-Engagement wird als unverzichtbarer Beitrag für das Funktionieren eines sozialen Gemeinwesens in den sozialen Dienst einbezogen.

Mitarbeiterorientierung: Die Qualität von Dienstleistungen hängt vom Engagement, der Kompetenz, Motivation und Zufriedenheit der Mitarbeiter ab, die durch entsprechende Aktivitäten der Organisation gefördert werden.

Dienstleistungsorientierung: Die Vielfalt sozialpädagogischer und sozialpflegerischer Ansätze und Methoden wird mit dem Ziel berücksichtigt, die Lebenslagen und die Partizipationschancen zu verbessern.

Ziel- und Wirkungsorientierung: Die Wirkungen sozialer Maßnahmen müssen ständig beobachtet werden. Ziele müssen definiert und Erfolgskriterien beschrieben werden, in deren Mittelpunkt die Lebenssituation der betroffenen Personen stehen.

Ressourcenorientierung: Es wird ein bewusstes und verantwortbares Umgehen mit den vorhandenen insbesondere finanziellen und ökologischen Ressourcen zur Gewährleistung eines nachhaltigen Handelns vorausgesetzt.

Qualitätsmanagement: Dies ist erforderlich, um sicherzustellen, dass die Qualitätsorientierungen in den sozialen Diensten umgesetzt werden.

Partnerschaft: Die Zusammenarbeit zwischen den sozialen Diensten und den Kostenträgern muss als Voraussetzung für eine qualifizierte Leistungserbringung partnerschaftlich gestaltet werden.“

In ihren politischen Schlussfolgerungen weist die BAFWG darauf hin, dass die EU-Kommission³⁷⁸ in ihrem Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse anerkannt habe, dass insbesondere die Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen sozialpolitische und zivilgesellschaftliche Besonderheiten aufweisen, denen bei der Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Regelungen Rechnung zu tragen sei. Die unterschiedliche Ausprägung dieser Dienstleistungen sei Ausdruck der „vielfältigen Traditionen, Strukturen und Gegebenheiten der Mitgliedstaaten“ (Weißbuch) und ihrer kulturellen Identität. Dies müsse, wie im Weißbuch anerkannt werde, gewahrt bleiben. Die in allen

Mitgliedstaaten auch bestehenden Grundsätze des Gemeinnützigkeitsrechts seien bei der Entwicklung eines europäischen Sozialmodells zu berücksichtigen. Die Mobilisierung zivilgesellschaftlicher Ressourcen sei ein entscheidender Faktor für die Zukunftsfähigkeit Europas. Sie sei weder durch den Staat noch durch den Markt möglich, sondern nur durch gemeinwohlorientierte Organisationen. Freiwilliges Engagement benötige strukturelle Rahmenbedingungen, die Initiative ermöglichen.

An die letztere Aussage ist anzuschließen. Der Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit ist unabdingbar für die Einbindung des ehrenamtlichen und bürgerschaftlichen Engagements. Dieses ist nur denkbar unter den steuerlichen Rahmenbedingungen und der Pflichtenbindung der Gemeinnützigkeit: Selbstlosigkeit (auch i.S. eines Ausschüttungsverbots), Vermögensbindung, zeitnahe Mittelverwendung, usw. Allein wegen des Gewinnausschüttungsverbotes (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2) ist der Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit für viele potenzielle Investoren strukturell unattraktiv.³⁷⁹ Dies erklärt den Trend zu einer „Flucht aus der Gemeinnützigkeit“ z.B. im Krankenhauswesen.

Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“³⁸⁰ hat die Stellung der Wohlfahrtsverbände „als historisch gewachsene besondere organisatorische Struktur im Bereich des Sozialstaates“³⁸¹ analysiert und deren Zukunftsperspektiven aufgezeigt.³⁸² Sie stellt fest, dass der Bereich sozialer Dienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor aufs Engste mit der freien Wohlfahrtspflege verbunden ist, deren Traditionen und Gegenwart maßgeblich auf den vielfältigen Erscheinungsformen bürgerschaftlichen Engagements basieren. Die Enquete-Kommission betont die herausragende Bedeutung der ehrenamtlichen Tätigkeit.³⁸³

Diese Verbände, so die Enquete-Kommission, hätten lange Zeit „eine besonders privilegierte Position“ gehabt. Inzwischen habe sich diese durch die Pluralisierung der Trägerlandschaft und eine damit einhergehende Ökonomisierung des sozialen Dienstleistungssektors stark verändert. Der Markt der Sozialdienstleistungen habe sich sowohl für kleinere, verbandsunabhängige Vereine, Projekte und Initiativen als auch für

gewerbliche Träger geöffnet, was für die großen Verbände als ehemals „Agenturen gemeinwohlorientierten Handelns“ zu mannigfachem Erneuerungsbedarf geführt habe. Diese hätten „die Gesetze des Marktes entdeckt“ und dienstleistungsorientierte Organisationsstrukturen entwickelt. In diesem Veränderungsprozess habe sich auch der Stellenwert bürgerschaftlichen Engagements in den Verbänden verändert³⁸⁴. Der im überwiegenden Teil ihres Leistungsbereichs vorhandene Trend, wie die kommerziellen Wettbewerber zu agieren – das heißt z.B. auf die Mobilisierung sozialen Kapitals, sei es in Form von freiwilliger Mitarbeit, des Sponsorings oder des steuerbegünstigten Spendens zu verzichten – habe sich verstärkt.³⁸⁵ Dies gelte vor allem beim Betrieb „sozialindustrieller Großkomplexe“ im Bereich des Krankenhauswesens und der Altenpflege.³⁸⁶ Die Träger müssten nunmehr „neue Handlungsspielräume als Dienstleister und Gemeinwohlagenturen gewinnen“ und ihre gesellschaftliche Legitimation neu begründen unter Einbeziehung „kleinteiliger, weniger fest organisierter Angebote wie im Bereich der Familienhilfe, der Arbeit mit so genannten Problemgruppen, „die, gestützt auf ein hohes Maß an Engagement, so weder ‚marktfähig‘ noch einfach als sozialstaatliche Regelleistung organisierbar wären“. Hierzu hat die Enquete-Kommission³⁸⁷ die Auffassung vertreten,

„dass es für die Zukunft bürgerschaftlichen Engagements eine Schlüsselrolle spielen wird, wie die Wohlfahrtsverbände und ihre Partner in Bund, Kommunen, Ländern und bei den Sozialkassen mit diesem Dualismus umgehen werden. Was nutzt die Rolle der Verbände im Bereich sozialindustrieller Großkomplexe für die Unterstützung kleinteiliger Hilfe und Solidarangebote? Das dort präsente soziale Kapital muss bei den großen Einrichtungen wieder eine stärkere Rolle spielen.“

Hierbei gehe es insbesondere darum, unterschiedliche Formen des bürgerschaftlichen Engagements wieder zu einem zentralen Element auch der betriebswirtschaftlich geführten „marktfähigen Leistungsbereiche“ zu machen³⁸⁸.

Rainer Hüttemann³⁸⁹ argumentiert in dieselbe Richtung: Der Fortbestand der Steuervergünstigungen im Zweckbetriebsbereich werde langfristig davon abhängen, ob es gelinge, hinreichende Gründe für eine steuerliche Privilegierung gemeinnütziger Anbieter zu finden. Solche Gründe könnten

seiner Meinung nach z.B. aus einer weltanschaulichen Bindung gemeinnütziger Einrichtungen, dem Fehlen von Gewinninteressen oder der Beschränkung des Leistungsangebots auf bestimmte Bevölkerungsgruppen erwachsen.

Nach bedenkenswerter Auffassung von Michael Droege³⁹⁰ ist dies

„auch eine Frage der konzeptionellen Einhegung und Selbstversicherung des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrecht im Widerstreit zwischen steuerlicher Gemeinwohlförderung und Wettbewerbsfreiheit. Ohne grundlegende konstitutionelle Grundierung dieses Spannungsverhältnisses wird auch die Dogmatik des Zweckbetriebes der §§ 65 ff. AO ihr erratisches Moment kaum ablegen, solange nicht belastbare Prinzipien für die Ausgestaltung eines Zweckbetriebskanons gefunden sind. Wenn jene aber identifizierbar sind, dann besteht kein Grund, den Grundtatbestand des Zweckbetriebes nach § 65 AO im Wettbewerb aufzugeben.“

Allerdings kommt auch Droege³⁹¹ zu dem Ergebnis, dass dem Gesetzgeber – auch unter Berücksichtigung der Grundrechte nicht begünstigter Wettbewerber – in der Ausgestaltung des Gemeinnützigkeitsrechts ein erheblicher Gestaltungsspielraum in dem Umfang zukommt, in dem Eingriffe in die Wettbewerbsneutralität gerechtfertigt werden können. Sein Fazit lautet:³⁹²

„Der Wettbewerbseingriff durch das Gemeinnützigkeitsrecht ist nicht a priori verfassungswidrig, sondern je nach Intensität durch eine verhältnismäßige Konkretisierung hinreichend gewichtiger Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen“.

IX. Folgerungen für den Sport

Die Vergleichbarkeit der zur freien Wohlfahrtspflege erörterten Problematik mit anderen Bereichen des Dritten Sektors liegt auf der Hand. Auch die großen Sportverbände und die Sportvereine haben „die Gesetze des Marktes entdeckt“ und sind dabei, dienstleistungsorientierte Organisationsstrukturen zu entwickeln. Großsportvereine mit ihren wettkampfungesunden Breitensport- und Gesundheitssportangeboten verzeichnen einen regen Mitgliederzuwachs. Hingegen leidet der klassische Sportverein mit seinen Wettkampfsportarten regelmäßig unter

Mitgliederverlusten. Um eine entsprechende Nachfrage zu bedienen, haben zahlreiche Sportvereine ihr Angebot über den klassischen Wettkampfsport hinaus ausgedehnt und Fitnessstudios oder Vereinssportzentren in Betrieb genommen. Der Landessportbund NRW bemerkt hierzu: „Diese Professionalität zahlreicher Großsportvereine wird von den Mitgliedern gewünscht, aber von den Betreibern kommerzieller Fitnessstudios gefürchtet.“³⁹³

Soweit die Sportvereine „zweckbetriebllich“ (§ 65 AO) auf dem „inneren Markt“ Leistungen an ihre Mitglieder erbringen, werden sie im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit tätig, der die zivilgesellschaftliche Dimension der in Vereinen organisierten Sportinfrastruktur absichert und dessen Restriktionen, die sich aus der satzungsmäßigen Verpflichtung zur selbstlosen, ausschließlichen und unmittelbaren Verfolgung ideeller Zwecke ergeben, ein Zurücktreten des Wettbewerbsschutzes rechtfertigt. Der verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Ableitungszusammenhang und die institutionelle Absicherung der besonderen Gemeinwohlorientierung heben diese Leistungen auch gleichheitsrechtlich heraus. In dieser Hinsicht hat der Dritte Sektor eine Darlegungslast. Es geht darum, den durch die gemeinnützigen Träger des Dritten Sektors generierten zivilgesellschaftlichen Mehrwert für Zwecke der Selbstbehauptung in der verfassungs- und europarechtlichen wie auch in der politischen Diskussion herauszuarbeiten und offensiv in die Öffentlichkeit zu tragen. Dies führt zu konkreten Handlungsempfehlungen. In dieser Hinsicht hat das Memorandum der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege – *mutatis mutandis* – für den Bereich des Sports eine Vorbildfunktion.

G. Staatliche Beihilfen i.S. von Art. 107 f. AEUV

I. Vorbemerkungen

Wie dargelegt, regeln §§ 65 ff AO den Wettbewerb zwischen gemeinnützigen und nicht privilegierten Leistungsanbietern, die auf demselben Markt tätig werden. Auch das zum Titel VII des AEUV „Gemeinsame Regeln betreffend Wettbewerb“ gehörende EU-Beihilferecht (Art. 107 ff. AEUV) schützt, wenn auch mit anderen Instrumenten, den Wettbewerb gegen staatliche Eingriffe durch steuerliche und andere Vergünstigungen.

II. Der Tatbestand der Beihilfe

1. Allgemeines

Auch die staatlicherseits gewährten Vergünstigungen für gemeinnützige Rechtsträger werden unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des europäischen Beihilfeverbots diskutiert.³⁹⁴ Da die Vorteile des Gemeinnützigkeitsrechts nach in der Literatur überwiegend vertretener Auffassung selektiv – d.h. im Klartext: gleichheitswidrig³⁹⁵ – zugeteilt werden, soll es sich um verbotene Beihilfen i.S. der Art. 107 ff. AEUV handeln. Dies wird u.a. am Beispiel der ca. 750 Krankenhäuser³⁹⁶ in gemeinnütziger oder kirchlicher Trägerschaft obstinat publiziert. Die Expertenkommission der Bertelsmann Stiftung und der Maecenata-Stiftung³⁹⁷ fragt, warum eigentlich Krankenhäuser gemeinnützig betrieben werden müssen. Betreiber von Privatkliniken verneinen dies und beschweren sich bei der EU-Kommission. Die Deutsche Bank³⁹⁸ hat in ihrer Studie „Wirtschaftsfaktor Wohlfahrtsverbände“ (2010) die Frage gestellt, ob der Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit z.B. für die Wohlfahrtsverbände per saldo vorteilhaft ist. In diese Richtung denkt auch die Deloitte-Studie „Jobmotor Sozialwirtschaft – Wachstumsbranche in

Zeiten der globalen Krise“.³⁹⁹ Es droht die Gefahr, dass die Politik der EU-Kommission zu einer Entprivilegierung des gemeinnützigen Sektors durch Ökonomisierung auch gewinnzweckfreier Dienstleistungen führt. Die Fragestellung kann auf die Sportzentren gemeinnütziger Vereine übertragen werden.

Als Beihilfen gelten namentlich Maßnahmen, die die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat, und die somit Subventionen sind oder diesen nach Art und Wirkung gleichstehen. Es müssen die folgenden Kriterien – kumulativ – erfüllt sein:

- Der Empfänger dieser Mittel ist ein Unternehmen. Es stellt sich die Frage, ob dies auch für die zweckbetrieblichen Leistungen i.S. der § 65 ff. AO zutrifft, die ein Verein „auf dem inneren Markt“ gegenüber seinen Mitgliedern erbringt. Es wird darzulegen sein, dass die EU-Kommission diese Frage in ihrer Entscheidungspraxis zu Sportvereinen tendenziell verneint.
- Es werden staatliche Mittel vergeben.
- Das Unternehmen erhält eine Begünstigung / einen Vorteil.
- Die Förderung ist selektiv.
- Durch die Begünstigung kann der innergemeinschaftliche Handel beeinträchtigt werden.
- Durch die Begünstigung kann der Wettbewerb verfälscht werden.⁴⁰⁰

Beihilfen im Sportbereich betreffen zwei verschiedene Fallgruppen,⁴⁰¹ nämlich

- Infrastrukturbeihilfen. Nach der Leitentscheidung der EU-Kommission zur ungarischen Sportförderung⁴⁰² können begünstigt sein der Eigentümer/Bauherr der Infrastruktur, der Betreiber / Konzessionsnehmer oder der entgeltliche Benutzer.
- Betriebsbeihilfen.

2. Beihilfe an Unternehmen

Der Empfänger der Beihilfe muss ein Unternehmen sein.⁴⁰³ Dieser für das Recht der Marktfreiheiten zentrale Begriff wird nur dort zurückgenommen, wo Einrichtungen wie etwa die Sozialversicherung auf der Grundlage der nationalen Solidarität an der Aufgabe der sozialen

Sicherheit mitwirken oder ein der ausschließlichen mitgliedstaatlichen Kompetenz vorbehaltenes Systemelement der Sozialhilfe sind.⁴⁰⁴

Unter dem weit gefassten Begriff „Unternehmen“ ist jede Einheit zu verstehen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁴⁰⁵ „Wirtschaftliche Tätigkeit“ ist jegliches Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.⁴⁰⁶ Es kommt weder darauf an, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat, noch auf die Rentabilität der Tätigkeit⁴⁰⁷ oder auf die Frage, ob die Einrichtung überhaupt mit dem Ziel der Erwirtschaftung von Gewinnen betrieben wird.⁴⁰⁸

Auch beim gemeinnützigen Rechtsträger erfolgt die Einstufung unternehmerischer Leistungen „immer in Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit“. Eine Einheit, die sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, ist nur im Hinblick auf erstere ein Unternehmen.⁴⁰⁹ Dieser Grundsatz kam in der Entscheidung der Kommission zu den Naturschutzorganisationen zum Tragen.

Der bloße Umstand, dass eine Maßnahme ein „soziales Ziel“ – auch im Sinne von „ideell“ – verfolgt, reicht nicht aus, um eine staatliche Förderung von vornherein von der Einordnung als Beihilfe auszunehmen (s. hierzu die NABU-Entscheidung unten VII. 3.).⁴¹⁰ Art. 107 Abs. 1 AEUV unterscheidet nämlich nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Beihilfe, sondern beschreibt sie nach ihren Wirkungen. Daher sind auch gemeinnützige Organisationen Unternehmer, wenn und soweit sie mit ihren zweckbetrieblichen Leistungen (§§ 65 ff. AO) mit Wirtschaftsteilnehmern konkurrieren, „die einen Erwerbszweck verfolgen“.⁴¹¹

Betätigt sich mithin ein Verein wirtschaftlich, steht der Umstand, dass die Tätigkeit eine Verbindung zum Sport aufweist, für sich allein der Anwendung des AEUV einschließlich des Wettbewerbsrechts nicht entgegen.⁴¹² Der Status des Vereins nach einzelstaatlichem Recht ist nicht entscheidend. So heißt es in der DAWI-Mitteilung:⁴¹³

„Wird eine Einheit beispielsweise nach einzelstaatlichem Recht als Verband oder Sportverein eingestuft, muss sie dennoch möglicherweise als

ein Unternehmen im Sinne von Artikel 107 Abs. 1 AEUV angesehen werden. Das einzige relevante Kriterium ist in diesem Zusammenhang, ob die Einheit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder nicht.“

Getrennte rechtliche Einheiten können für Zwecke der Anwendung der EU-Beihilfevorschriften als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden. Hierzu prüft der EuGH, ob Kontrollbeteiligungen und funktionelle, wirtschaftliche oder institutionelle Verbindungen bestehen.⁴¹⁴ Die EU-Kommission hat in ihrer Kletterhallen-Entscheidung alle – auch rechtlich selbständigen – deutschen Sektionen des Deutschen Alpenvereins zu einer Beurteilungseinheit zusammengefasst.

Der Umstand, dass eine bestimmte Dienstleistung „intern erbracht wird“, hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die wirtschaftliche Natur der Tätigkeit.⁴¹⁵ Dies vorausgesetzt wäre es folgerichtig, dass ein Verein auch gegenüber seinen Mitgliedern, denen er – auf dem inneren Markt – Leistungen erbringt, unternehmerisch tätig ist. Dann würde die im europarechtlichen Schrifttum geäußerte Auffassung, Amateurvereine seien „im Allgemeinen“ keine Unternehmen i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV⁴¹⁶ nicht zutreffen.

Indes spricht viel dafür, dass die EU-Kommission diesen „inneren Markt“ nicht dem Beihilferecht unterwirft. Die Aussagen der EU-Kommission⁴¹⁷ in der Entscheidung zu den DAV-Kletterhallen zu der Frage, ob die einzelne Sektion des DAV gegenüber ihren Mitgliedern Unternehmer ist, bleiben unscharf. Es entspricht wohl allgemeiner Auffassung, dass der „Betrieb von für die breite Öffentlichkeit bestimmten Kletterzentren, die einen Eintrittspreis verlangen“, eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, die „als solche den EU-Beihilfevorschriften unterliegt“. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn der Verein die Anlagen „ausschließlich DAV-Mitgliedern“ überlässt, lässt sich dieser Entscheidung der EU-Kommission nicht mit letzter Sicherheit entnehmen. Deutschland, so die Kommission, habe keinen Beweis dafür vorgelegt, dass ausschließlich DAV-Mitglieder oder anerkannte Mitgliedschaftsanwärter der betreffenden Sektion Zugang zu DAV-Kletterzentren haben. Wenn die DAV-Kletterwände „der allgemeinen Öffentlichkeit“ entgeltlich zur Verfügung gestellt würden, sei dies „mit der Leistung gewerblicher Fitnesszentren vergleichbar“. Zum Anteil von Nichtvereinsmitgliedern lägen keine Daten vor. Aus diesem

Grund sei nicht ausschließen, dass die Nutzung von DAV-Kletterzentren durch die breite Öffentlichkeit gegen ein Eintrittsgeld unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit falle. „Des Weiteren“ sei zu berücksichtigen, dass der Dachverband und die DAV-Sektionen für die Zwecke der Beihilfenkontrolle als eine einzige Gruppe zu betrachten seien und dass die DAV-Gruppe auf verschiedenen Märkten aktiv sei, dies seien Kletterzentren, Kletter- und Skikurse, Hotel- und Gaststättenbetrieb in Berghütten sowie – über eine Tochtergesellschaft – Reiseveranstaltungen. Sie stellt hierzu fest:

„Die Kommission verfügt über keine Informationen, aus denen hervorginge, dass zwischen diesen Tätigkeiten eine klare Trennung besteht. Deshalb (!) kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die DAV-Gruppe als Unternehmen zu betrachten ist, das der Beihilfenkontrolle unterliegt.“

Die staatlichen Fördermaßnahmen, so die EU-Kommission, seien eine Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV, „insofern sie der DAV-Gruppe zugutekommen“. Hieran schließt ihre Aussage an:

„Die Kommission stellt fest, dass es sich bei den Maßnahmen (sc.: der Subvention durch das Land Berlin) um allgemeine Regelungen handelt, die auch von anderen Sportvereinen, von denen viele ausschließlich auf Ortsebene tätig sind, in Anspruch genommen werden können. In diesen Fällen kann keine Beihilfe vorliegen, wenn die Begünstigten keinen gewerblichen Tätigkeiten nachgehen oder es keine Auswirkungen auf Wettbewerb oder Handel gibt.“

Diese Aussage spricht dafür, dass das Tätigwerden auf einem „inneren Markt“ der Mitglieder mit der unternehmerischen Tätigkeit eines gewerblichen Fitnesszentrums nicht vergleichbar ist.

Auch die Entscheidung der EU-Kommission⁴¹⁸ zur Sportförderung in der Republik Tschechien lässt eine vereinsfreundliche Tendenz erkennen (zum hierzu ergangenen Urteil des EuG s. unten Abschn. VII.). Tschechien hatte vorgetragen, dass die begünstigten Vereine ihre Anlagen Nichtmitgliedern nur nach Maßgabe freier Kapazitäten zur Nutzung überließen. Hierzu stellt die Kommission fest, dass der Umfang der Nutzung durch Nichtmitglieder nicht nachgewiesen ist. Die Kommission richtet ihren Blick auf die „Czech Union of Sport“ als die Vereinigung der nationalen Sportverbände, die

auch auf anderen Märkten gewerblich tätig ist. Im Anschluss hieran kommt sie unter Bezug auf ihre Entscheidung zu den DAV-Kletterhallen zu dem Ergebnis:

„Therefore, such a national sport association or union is not one local sport association or one local sport installation, but a group with clubs which operate sport facilities across the Czech Republic, and may have ancillary commercial activities.

In light of the above, the Commission therefore cannot exclude that the non-profit organisations should be considered as undertakings subject to State aid control to the extent that they provide sports services to the general public against remuneration.”

3. Begünstigung mit staatlichen Mitteln

Nur solche Vorteile, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden oder eine zusätzliche Belastung für den Staat darstellen, sind als Beihilfen im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen.⁴¹⁹ Die Begünstigung kann in vielerlei Form erfolgen, so etwa durch direkte Zuschüsse, Steuerbegünstigungen und -gutschriften, Sachleistungen, die Übernahme von Garantien oder Bürgschaften,⁴²⁰ ferner in Gestalt staatlichen Aufkommensverzichts aufgrund steuerlicher Vergünstigungen. Vorliegend einschlägig ist der begünstigende Rechtsrahmen des Gemeinnützigkeitsrechts.⁴²¹

4. „Selektive“ Begünstigung / Vorteil

Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet Beihilfen, die „bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen“. Dies ist der Fall, wenn eine Belastung gemindert wird, die ein Unternehmen regelmäßig zu tragen hat.⁴²² Erforderlich ist ein Abgleich mit den „normalen Marktbedingungen“. In einem ersten Schritt muss die in dem Mitgliedstaat geltende allgemeine oder „normale“ Steuerregelung ermittelt werden. Sodann ist zu beurteilen, ob die betreffende Maßnahme vom allgemeinen System insoweit abweicht, als sie Unterscheidungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern einführt, die sich im Hinblick auf das mit der Steuerregelung dieses Mitgliedstaats verfolgte Ziel in einer vergleichbaren

tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.

Für die Beurteilung von Steuerbefreiungen ist die Grundsatzentscheidung des EuGH in der Rs. Paint Graphos⁴²³ richtungweisend (Kap. E. IV. 4.). Dieses Urteil betrifft die Befreiung von Ertragsteuern, die den Produktions- und Arbeitsgenossenschaften nach komplizierten Regularien des italienischen Steuerrechts zugutekommt. Die Entscheidung erörtert die Anwendung des zu Art. 87 EG (jetzt: Art. 107 ff. AEUV) entwickelten Kriterium der Selektivität. Der EuGH erwägt, dass die Genossenschaften „in ihrer Funktionsweise besonderen Grundsätzen folgen“, die „sie klar von den anderen Wirtschaftsteilnehmern unterscheiden“. Es wird zu fragen sein, ob die vom EuGH entwickelten Grundsätze auch für die beihilferechtliche Beurteilung zweckbetrieblicher Leistungserbringung gemeinnütziger Körperschaften (§ 65 AO) fruchtbar gemacht werden können.

5. Drohende Wettbewerbsverfälschung und Beeinträchtigung des Handels zwischen den EU-Mitgliedstaaten – lokale Tätigkeiten

Der innergemeinschaftliche Handel wird durch eine Beihilfe beeinflusst, wenn sie die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen, konkurrierenden Unternehmen in diesem Handel stärkt und deswegen geeignet ist, den Handel und den Wettbewerb zu verfälschen.⁴²⁴ Die Merkmale der drohenden Wettbewerbsverfälschung und der Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden Handels werden zumeist nicht scharf voneinander abgegrenzt. Dieses Tatbestandsmerkmal der Beihilfe kann auch dann erfüllt sein, wenn das begünstigte Unternehmen nicht selbst grenzüberschreitend tätig ist, indes die staatliche Förderung den Marktzutritt eines ausländischen Wettbewerbers verhindert oder erschwert.⁴²⁵ Letzteres hat die EU-Kommission in ihrer Kletterhallen-Entscheidung erörtert: Sie könne „nicht gänzlich ausschließen, dass die staatliche Finanzierung, die die Sektionen für die Errichtung ihrer Kletterzentren erhalten, eine abschreckende Wirkung auf potenzielle neue Marktteilnehmer haben könnte“. Es sei „durchaus vorstellbar, dass ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in eine Kletterhalle in Berlin oder anderenorts in Deutschland investieren würde“.

Es gibt keine betragsmäßige Schwelle und keinen Prozentsatz, die das

Kriterium präzisieren könnten.⁴²⁶ Allerdings hat die Kommission dieses Tatbestandsmerkmal verneint „bei rein lokaler Natur der wirtschaftlichen Tätigkeiten“, z.B. bei Schwimmbädern, die überwiegend von den örtlichen Einwohnern genutzt werden, so entschieden z.B. im legendären Fall „Freizeitbad Dorsten“;⁴²⁷ bei Skiliften in Skigebieten der Toskana,⁴²⁸ im Veneto⁴²⁹ und in anderen italienischen Provinzen (s. unten V. 8.)⁴³⁰ sowie am Parnassos.⁴³¹ Der grenzüberschreitende Bezug fehlt bei lokalen Kulturveranstaltungen, bei denen die Nachfrage mutmaßlich örtlich begrenzt ist;⁴³² ferner bei örtlichen Museen, die typischerweise keine grenzüberschreitenden Besucher anziehen.⁴³³

Bis in die jüngste Zeit war das Tatbestandsmerkmal des grenzüberschreitenden Bezugs nur schwer „zu fassen“. Das u.a. vom Land Hessen im Juli 2015 herausgegebene „Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen“⁴³⁴ enthält die Warnung: „Lokaler Charakter der Tätigkeit schließt Wettbewerbsverfälschung / Handelsbeeinträchtigung in der Regel nicht aus.“ Es genüge nach der Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich, wenn es für die Tätigkeit des Unternehmens einen gemeinschaftsweiten Markt mit (privaten) Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten gibt, wie beispielsweise im Messe- und Kongresssektor. Diese „Theorie“ von der Wettbewerbsverfälschung / Handelsbeeinträchtigung durch Erschwerung des Marktzutritts hat der EuGH in seiner Altmark-Trans-Entscheidung ausdrücklich für den kommunalen ÖPNV und damit für eine typische lokal gebundene Tätigkeit kommunaler Unternehmen entwickelt. Die im Handbuch so bezeichnete „Legende vom Freizeitbad Dorsten“ – der Einzugsbereich des Schwimmbads beträgt rund 50 Kilometer, die niederländische Grenze ist aber weiter entfernt und rund 90 % der Besucher kommen aus dem Stadtgebiet – dürfe nicht täuschen. Die Berufung auf diesen Fall könne für die Kommune mit erheblichen Risiken verbunden sein. Es bedürfe „der sorgfältigen Dokumentation des Einzugsbereichs“. Die Wettbewerbsverfälschung / Handelsbeeinträchtigung durch „Erschwerung des Marktzutritts“ für andere Schwimmbadbetreiber sei nicht geprüft worden.

Indes spricht viel dafür, dass die Kommission eine Erschwerung / Verhinderung des Marktzutritts nur in den Fällen prüft, in denen nach

Lage der Dinge eine konkurrierende Investition auch für einen ausländischen Investor interessant sein kann. In den Fällen der DAV-Kletterhallen und der Sportförderung in Tschechien hält sie Auswirkungen auf den Handel in der EU deswegen für möglich, weil sie die beihilferechtliche Prüfung auf die Ebene der übergeordneten Verbände als Gruppe verlegt, „die zudem auch anderweitig gewerblich ist“. Sie nimmt ausdrücklich nicht dazu Stellung, ob der Handel auch dann beeinträchtigt sein könnte, wenn die Würdigung nur auf der Ebene der einzelnen Kletterhallen erfolgen würde. Dies vorausgesetzt erkennt sie an, dass die Förderung von Kletterhallen „nur für örtliche und regionale Sportaktivitäten bestimmt“ sei. „Selbst in Grenzregionen wären die Auswirkungen auf den Handel folglich gering.“ Hierzu führt die EU-Kommission aus:

„In Bezug auf mögliche Auswirkungen auf den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten kann der Schluss gezogen werden, dass die DAV-Kletterzentren nicht im Wettbewerb mit Kletterzentren in anderen Mitgliedstaaten stehen. Keines der DAV-Kletterzentren hat einen grenzübergreifenden Charakter. Die Sportaktivitäten wie auch etwaige Werbung scheinen vor allem Personen aus Deutschland anzuziehen. Auch die Zahl der Besucher aus anderen Mitgliedstaaten in Kletterzentren, die in Grenzregionen liegen, scheint gering.“

In den Prüffällen der Multifunktionsarena der Stadt Jena⁴³⁵ und des Fußballstadions in Chemnitz⁴³⁶ stellt die Kommission im Rahmen der Ermessensausübung nach § 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV zur „Auswirkung auf den Handel“ fest: „Außerdem werden die professionellen Veranstaltungen in der Arena lokalen Charakter haben. Folglich wird die Beihilfe die Handelsbedingungen nicht in einem Maße beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.“

Hieraus folgt: Das erörterte Merkmal ist nicht nur auf der Ebene des Tatbestands des Art. 107 Abs. 1 AEUV von Bedeutung. Es ist in die von der EU-Kommission nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV zutreffenden Ermessensentscheidung einzubeziehen. Mit dieser können „als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. . . Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem

gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Auf dieser Rechtsgrundlage führt die EU-Kommission in ihrer Entscheidung zu den DAV-Kletterhallen aus (Rdnr. 81):

„In der Regel ist es sehr unwahrscheinlich, dass die finanzielle Förderung von Amateursportanlagen, die im Eigentum von Sportvereinen stehen, von diesen betrieben werden und dem Gemeinwohl dienen, die Handelsbedingungen in einer Weise beeinträchtigen, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, da normalerweise kein Wettbewerb herrscht: Die meisten Sportarten, insbesondere Mannschaftssportarten, werden von privaten Marktteilnehmern nicht angeboten.“

Die Kommission analysiert in den nachfolgenden Entscheidungsgründen – nach dem Duktus der Entscheidung folgerichtig – die Auswirkungen auf die Handelsbedingungen mit Blick auf die DAV-Gruppe.

Sie unterstreicht aber, „dass Zuwendungen für örtliche Sportanlagen und die Ausbildung im Rahmen der Jugendarbeit durch Profisportvereine in der Regel nicht als staatliche Beihilfe betrachtet werden“.⁴³⁷ Demgegenüber sei die staatliche Förderung von Profivereinen in Anbetracht dessen, dass der Wettbewerb zwischen diesen „eine internationale Dimension“ habe, eine staatliche Beihilfe.⁴³⁸

Hinsichtlich der lediglich lokalen Bedeutung von Dienstleistungen kann auch auf die Richtlinie 2014/24/EU v. 26.04.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe verwiesen werden. Nach deren Begründungserwägung Nr. 114⁴³⁹ haben bestimmte Dienstleistungskategorien aufgrund ihrer Natur eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension, insbesondere die sogenannten personenbezogenen Dienstleistungen, wie etwa bestimmte Dienstleistungen im Sozial-, im Gesundheits- und im Bildungsbereich. „Diese Dienstleistungen werden in einem besonderen Kontext erbracht, der sich aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen in den einzelnen Mitgliedstaaten stark unterschiedlich darstellt.“ Für diese Dienstleistungen sieht die Richtlinie höhere Schwellenwerte vor. Hierzu heißt es:

„Personenbezogene Dienstleistungen mit einem unter diesem Schwellenwert liegenden Auftragswert werden in der Regel für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse sein, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die das Gegenteil vermuten

lassen, wie etwa eine Finanzierung grenzüberschreitender Projekte durch die Union.

Aufträge zur Erbringung personenbezogener Dienstleistungen oberhalb dieses Schwellenwerts sollten unionsweiten Transparenzvorschriften unterliegen. Angesichts der Bedeutung des kulturellen Kontexts und des sensiblen Charakters dieser Dienstleistungen sollte den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden, damit sie die Auswahl der Dienstleister in einer Weise organisieren können, die sie für am besten geeignet erachten. Die Vorschriften dieser Richtlinie tragen diesem Erfordernis Rechnung, indem sie lediglich die Einhaltung von Grundprinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung verlangen und sicherstellen, dass die öffentlichen Auftraggeber spezifische Qualitätskriterien für die Auswahl von Dienstleistern anwenden können, wie etwa die Kriterien, die in dem vom Ausschuss für Sozialschutz der Europäischen Union veröffentlichten freiwilligen Europäischen Qualitätsrahmen für Sozialdienstleistungen festgelegt wurden. Bei der Festlegung der Verfahren, die für die Auftragsvergabe bei personenbezogenen Dienstleistungen anzuwenden sind, sollten die Mitgliedstaaten Artikel 14 AEUV und das Protokoll Nr. 26 berücksichtigen.“

Die Begründungserwägung Nr. 118 unterstreicht die soziale Sonderstellung u.a. der Sportdienstleistungen. Zwar werden gemeinnützige Organisationen nicht ausdrücklich erwähnt. Der Hinweis auf die Genossenschaften gestattet indes eine rechtliche und soziale Parallelwertung:

„Um die Kontinuität der öffentlichen Dienstleistungen zu gewährleisten, sollte es im Rahmen dieser Richtlinie gestattet sein, die Teilnahme an Vergabeverfahren für bestimmte Dienstleistungen im Gesundheits-, Sozial- und kulturellen Bereich Organisationen, die nach dem Prinzip der Mitarbeiterbeteiligung oder der aktiven Mitbestimmung der Belegschaft an der Führung der Organisation arbeiten, oder bestehenden Organisationen wie Genossenschaften zur Erbringung dieser Dienstleistungen an die Endverbraucher vorzubehalten. Diese Bestimmung gilt ausschließlich für bestimmte Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich und damit verbundene Dienstleistungen, bestimmte Dienstleistungen im Bereich der allgemeinen und beruflichen

Bildung, bestimmte Bibliotheks-, Archiv-, Museums- und sonstige kulturelle Dienstleistungen, Sportdienstleistungen und Dienstleistungen für private Haushalte . . .“

Auf dieser gedanklichen Grundlage sind im Titel III der Richtlinie 2014/24/EU („Besondere Beschaffungsregeln“) die Art. 74 ff. („Soziale und andere besondere Dienstleistungen“) normiert worden.⁴⁴⁰ Insoweit unterstellt die Richtlinie Dienstleistungen einem „Sonderregime“ von besonderen erleichterten Beschaffungsregelungen. Diese sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen sind im Einzelnen im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführt. Das Ziel der begünstigten Organisationen muss auf „die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe“ ausgerichtet sein; Gewinne müssen reinvestiert werden, um das Ziel der Organisation zu erreichen. Etwaige Gewinnausschüttungen oder -zuweisungen sollten auf partizipatorischen Überlegungen beruhen (Art. 77 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU). Zu den in Bezug genommen CPV-Codes gehören „administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits-⁴⁴¹ und kulturellen Bereich“ und „sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen von Gewerkschaften, von politischen Organisationen, von Jugendverbänden und von sonstigen Organisationen und Vereinen“. Die Richtlinie 2014/24/EU ist durch § 130 GWB i.d.F. des Entwurfs eines VergRModG umgesetzt worden.⁴⁴² Allerdings unterfällt die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/24/EU. Auch nichtwirtschaftliche Dienstleistungen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Der Unionsgesetzgeber hat in Erwägungsgrund 6 hervorgehoben, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Erbringung von sozialen oder anderen Dienstleistungen entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als eine Mischung davon zu organisieren.

III. Wann liegt eine Altbeihilfe vor?

Während neue Beihilfen gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV vorab der Kommission zu melden („notifizieren“) sind und nicht durchgeführt werden dürfen, bevor das Verfahren zu einer abschließenden Entscheidung

geführt hat, dürfen bestehende Beihilfen („Altbeihilfen“) gemäß Art. 108 Abs. 1 AEUV regelmäßig durchgeführt werden, solange die Kommission nicht ihre Vertragswidrigkeit festgestellt hat.⁴⁴³ Es geht hier um solche Fördermaßnahmen, die vor Inkrafttreten des Vertrags eingeführt wurden und auch nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind.⁴⁴⁴ Die nationalen Gerichte können mit Rechtsstreitigkeiten befasst werden, in deren Rahmen sie den in Art. 107 Abs. 1 AEUV enthaltenen Beihilfebegriff auszulegen und anzuwenden haben, um insbesondere zu bestimmen, ob eine ohne Beachtung des in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Vorprüfungsverfahrens eingeführte staatliche Maßnahme diesem Verfahren hätte unterworfen werden müssen. Dagegen sind sie nicht zuständig, darüber zu befinden, ob eine staatliche Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.⁴⁴⁵ Z.B. kann ein als „staatliche Beihilfe“ qualifiziertes Steuersystem weitergelten, unbeschadet der in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgesehenen Befugnis der Kommission zur beihilferechtlichen Überprüfung.

Der BFH⁴⁴⁶ hat mit Urt. v. 27.11.2013 entschieden, dass die gemeinnützigkeitsrechtlichen Steuerbefreiungen für Einrichtungen der Wohlfahrtspflege bestehende Beihilfen („Alt-Beihilfen“) sind, für die das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV nicht gilt. Vorläuferbestimmungen zu den fraglichen Befreiungsnormen – § 5 Abs. 1 Nr. 9 Satz 1 und 2 KStG 2002, § 3 Nr. 6 GewStG 2002, § 66 AO – hätten schon vor dem Inkrafttreten des Vertrags über die EWG am 01.01.1958 gegolten.

Für die Bundesrepublik ist davon auszugehen, dass auch der verwaltungsrechtliche Kernbestand der Sportförderung durch das Gemeinnützigkeitsrecht unzweifelhaft aus der Zeit vor dem 01.01.1958 datiert. Es liegen daher Altbeihilfen vor.

IV. Ausschluss des Tatbestands der Beihilfe bei Leistungen der Daseinsvorsorge („Altmark-Trans“-Grundsätze)

1. Das EuGH-Urteil in der Rs. Altmark-Trans

Eine staatliche Maßnahme fällt nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV, soweit

sie die ausgleichende Gegenleistung für Leistungen bildet, die von dem begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden. Solches vorausgesetzt erhält das Unternehmen realiter keinen finanziellen Vorteil; die Maßnahme verschafft ihm keine günstigere Stellung im Wettbewerb gegenüber konkurrierenden Unternehmen.⁴⁴⁷ Der EuGH⁴⁴⁸ hat in seinem Grundsatzurteil v. 24.03.2007 in der Rs. „Altmark Trans“, das die Beihilfen eines Landkreises in der Altmark an ein defizitäres Unternehmen des Personennahverkehrs betraf, Kriterien entwickelt, bei deren Vorliegen der Ausgleich bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAWI) schon tatbestandlich keine staatliche Beihilfe ist. Die folgenden sog. Altmark-Trans-Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein:⁴⁴⁹

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Diese Voraussetzung stimmt mit der des Artikels 106 Absatz 2 AEUV überein. Dem Unternehmen muss „eine besondere Aufgabe“ übertragen sein⁴⁵⁰ mit einem „öffentlichen Auftrag“ bzw. „durch einen hoheitlichen Akt“, in dem die gegenseitigen Verpflichtungen festgeschrieben sind.⁴⁵¹
- Die Parameter, mit denen der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen („Ausgleichsparameter“).⁴⁵²
- Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken („Vermeidung von Überkompensation“; „Bruttosubventionsäquivalent“).⁴⁵³
- Dieser Ausgleich ist auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit notwendigen Mitteln ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.⁴⁵⁴ Die Wahl des betrauten Unternehmens muss grundsätzlich im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgen („Auswahl des Dienstleistungserbringers“).⁴⁵⁵ Auf diese Weise soll derjenige

Bewerber ermittelt werden, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann. Die Höhe des erforderlichen Ausgleichs kann aber auch auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen in dem betreffenden Wirtschaftszweig zu tragen hat.

Diese allgemeinen Grundsätze sind angesichts des Almunia-Pakets nur noch in den praktisch seltenen Fällen außerhalb des Verkehrssektors⁴⁵⁶ von Bedeutung, in denen eine Ausgleichszahlung den Schwellenwert von jährlich 15 Mio. Euro überschreitet, keine anderen Befreiungstatbestände z.B. nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungs-VO (AGVO; s. unten Abschn. X.) eingreifen und gleichzeitig eine Notifizierung bei der EU-Kommission nach DAWI-Rahmen entfällt. Die Altmark-Trans-Kriterien entsprechen im Wesentlichen den Voraussetzungen des sogenannten Freistellungsbeschlusses 012/21/EU des Almunia-Pakets (s. nachfolgend unter 2.).⁴⁵⁷ Unberührt bleibt auch die Ermächtigungsgrundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV.

Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die staatliche Maßnahme eine Beihilfe und muss – vorbehaltlich der nachfolgend zu erörternden Regularien – grundsätzlich bei der EU-Kommission zur Prüfung angemeldet („notifiziert“) werden.

Eine Dienstleistung stellt sich als solche „von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (DAWI) dar, „wenn sie verglichen mit gewöhnlichen wirtschaftlichen Tätigkeiten besondere Merkmale aufweist“ und wenn es sich bei einem Ziel von allgemeinem Interesse nicht um die Entwicklung bestimmter Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV geht.⁴⁵⁸ Die Kommission hat in ihrer Kletterhallen-Entscheidung die Sportdienstleistungen des gemeinnützigen Vereins der Daseinsvorsorge i.S. des Art. 106 AEUV zugeordnet. Die Bereitstellung solcher Infrastrukturen gelte nach dem deutschen Verwaltungsrecht als Teil der Daseinsvorsorge.⁴⁵⁹ Deutschland habe sich allerdings in seinen Bemerkungen nicht auf Artikel 106 Absatz 2 AEUV berufen.

2. Vom Monti-Kroes- zum Almunia-Paket

Die Kriterien des „Altmark-Trans“-Urteils des EuGH hatten in der Praxis zu Unsicherheiten geführt. Aus diesem Grund hat die EU-Kommission im Jahre 2005 als „Umsetzungshilfe“ das sog. „Monti-Kroes-Paket“ verabschiedet. Mario Monti selbst hat im Mai 2010 eine „weitere Erhöhung der Flexibilität der für finanziellen Ausgleich geltenden Beihilfevorschriften“ angeregt; freilich hatte er nicht den Dritten Sektor, sondern z.B. den Anspruch der Bürger auf „einige grundlegende Bankdienstleistungen“, die Bereitstellung eines Breitbandzugangs und die Stärkung der Rechte von Fluggästen im Blick. Die konkreten Probleme der Kommunen, der Landkreise und vor allem der gemeinnützigen Träger wurden nicht angesprochen. Dies haben deutsche Verfassungsorgane und führende Organisationen des Dritten Sektors in Deutschland im Rahmen der öffentlichen Konsultation kritisiert (s. nachfolgend 3.). Das diesbezügliche Defizit besteht weiter fort.

Das nach dem früheren EU-Wettbewerbskommissar benannte Paket ist als „Almunia-Paket“ bzw. „DAWI-Paket“⁴⁶⁰ geschnürt worden. Es besteht aus den folgenden Rechtsakten:

- Geänderter EU-Rahmen (Mitteilung v. 11.01.2012 (2012/C 8/03)⁴⁶¹ für die Prüfung hoher Ausgleichsbeträge ohne soziale Zielsetzung, wobei diese Ausgleichsleistungen bei der Kommission angemeldet werden müssen und bei der Erfüllung bestimmter Kriterien für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können;
- Beschluss der EU-Kommission v. 20.12.2011 (2012/21/EU)⁴⁶² über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen, mit denen ein soziales Ziel verfolgt wird, zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind. Der Beschluss betrifft insbes. Ausgleichsleistungen von nicht mehr als 15 Mio. Euro pro Jahr;
- Mitteilung v. 11.01.2012 (2012/C 8/02)⁴⁶³ über die Anwendung der EU-Beihilfevorschriften auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI). Die Mitteilung definiert und erläutert die einschlägige Begrifflichkeit;
- De minimis-VO Nr. 1407/2013 v. 18.12.2013.⁴⁶⁴ Für Großprojekte sind die Betragsgrenzen für die Notifikation abgesenkt worden; diese

Erleichterung kommt gemeinnützigen Trägern nur selten zugute. Die VO bringt für die gemeinnützigen Organisationen keine verlässliche Erleichterung. (hierzu unten Abschn. VIII.).

Nach der Mitteilung der EU-Kommission v. 20.12.2011⁴⁶⁵ werden mit dem neuen „Qualitätsrahmen“ für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) drei Ziele verfolgt: Klärung der „relevanten grundlegenden Konzeptionen“, Vereinfachung der Vorschriften über staatliche Beihilfen für kleine, auf lokaler Ebene organisierte Dienste, die sich nur geringfügig auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken, Schaffung „gezielterer Regelungen“ für die übrigen Dienste, „um besser zwischen mittelgroßen Diensten und Sozialdiensten einerseits und groß angelegten Aktivitäten mit eindeutig EU-weiter Dimension andererseits differenzieren zu können“.

3. Kritik am Almunia-Paket: Mangelnde Kompatibilität mit dem Gemeinnützigkeitsrecht

Zwar werden in der DAWI-Mitteilung⁴⁶⁶ die zwecks Vermeidung einer Überkompensation formulierten Anforderungen an die Kostenanalyse „anhand eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ konkretisiert⁴⁶⁷. Die Kosten der effizientesten Unternehmen im Markt sind zu vergleichen. Dies ist indes schwerlich kompatibel mit den *corporate-governance*-Grundsätzen von nicht ausschließlich an einer ökonomischen Handlungslogik orientierten Betrieben etwa eines kirchlich getragenen Pflegeheims oder aber eines Sportvereins, deren Leistungen nicht ausschließlich nach ökonomischen Gesichtspunkten durchkalkuliert werden. Demgegenüber orientieren sich der EuGH und die EU-Kommission am Verhalten eines marktwirtschaftlich handelnden privaten Unternehmers (sog. *market economy investor*). Die Begünstigungswirkung einer Maßnahme wird immer vor dem Hintergrund normaler Marktbedingungen beurteilt. Die Kommission geht bei ihrer Prüfung folglich der Frage nach, ob ein privater Wirtschaftsbeteiligter in einer vergleichbaren Lage auf der Grundlage der Rentabilitätsaussichten und unabhängig von allen sozialen oder regionalpolitischen Überlegungen oder Erwägungen einer sektorbezogenen Politik derartige Zuwendungen gewährt hätte.⁴⁶⁸

Hinzu kommt die folgende Überlegung. Der gemeinnützige Rechtsträger als zivilgesellschaftlicher Zusammenschluss von Bürgern, der in Ausübung der Vereinigungsfreiheit eine Sportanlage betreibt, unterhält seinen Zweckbetrieb ebenso wenig aufgrund eines staatlichen Betrauungsaktes wie das kirchliche Krankenhaus, dessen Träger seinen „Auftrag“ aus Wahrnehmung des Grundrechts der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) erhält. Generell findet eine staatliche Beauftragung im freigemeinnützigen Sektor nicht statt, weil dieser Sektor Emanation der Bürgergesellschaft ist und ein Ausdruck der vertikalen Gewaltenteilung zwischen Staat und Zivilgesellschaft.⁴⁶⁹ Der Status der Gemeinnützigkeit nimmt diese Idee auf und zielt ab auf die arbeitsteilige Verwirklichung von konkurrierenden Staatsaufgaben und auf die der Natur der Sache nach „staatsferne“ Wahrnehmung pluralistischer Gemeinwohlaufgaben, womit Bürger ohne staatliche Betrauung in eigener Verantwortung Gemeinwohl generieren, weil der Staat hierzu keine Mittel hat oder ihm eine direkte Förderung aus Gründen der Neutralität gegenüber der Grundrechtswahrnehmung seiner Bürger untersagt ist. Isensee⁴⁷⁰ schreibt: „Kirchliche Krankenhäuser und mäzenatische Stiftungen handeln aus eigenem (Grund-)Recht, das sich nicht aus der Staatsgewalt ableitet. Sie folgen einem privatautonomen Impuls, nicht einem gesetzlichen oder behördlichen Beleihungsakt“. Die auch in der rein ökonomischen Logik der Altmark-Trans-Grundsätze liegende Gegenauffassung ist letztlich eine etatistische Auffassung, die dem bürgerschaftlichen Engagement und der Zivilgesellschaft mit Unverständnis begegnet. Diese Verkennung des „Wesens“ der Freien Wohlfahrtspflege als eines Aliud im Verhältnis zum Staat und zum Markt belegt, dass die „vertikale Gewaltenteilung zwischen Staat und Zivilgesellschaft“ in Europa noch nicht angekommen ist.

Im Rahmen der Evaluierung des Monti-Kroes-Paketes hatten die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, der Deutsche Städtetag und der Landkreistag⁴⁷¹ vorgebracht, es wäre sachgerecht, die zahlreichen gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen – z.B. das Verbot der freien Gewinnverwendung bzw. -ausschüttung sowie die zeitnahe, satzungsgemäße Mittelverwendung, die in der Regel 25-jährige Zweckbindung öffentlicher Mittel – bei Ermittlung einer etwaigen Überkompensation zu berücksichtigen. Diese starren Restriktionen stellten einen Wettbewerbsnachteil gegenüber privatgewerblichen Anbietern

dar.⁴⁷² Klärungsbedarf gebe es u.a. zur Frage einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels, denn zahlreiche Dienstleistungen im sozialen Bereich würden nur von der lokalen Bevölkerung genutzt.

In seiner Stellungnahme zur Evaluierung des Monti-Kroes-Pakets hat der Bundesrat⁴⁷³ vorgebracht:

„Der Bundesrat sieht Klarstellungsbedarf im Zusammenhang mit dem vor kurzem veröffentlichten Leitfaden (SEK(2010) 1545 endg.). . . . Zu der getroffenen Aussage bestehen in dieser Allgemeinheit Bedenken zum Beispiel im Zusammenhang mit dem Status der Gemeinnützigkeit von Unternehmen. Zumindest in Deutschland sind die Regelungen über die Gemeinnützigkeit Teil des allgemeinen und für alle Unternehmen geltenden Steuersystems. Eine Bevorzugung von bestimmten Unternehmen liegt damit nicht vor. Es handelt sich um allgemeine steuerrechtliche Vorschriften und nicht um Beihilferegelungen.“

Diese Argumente führen zu der grundsätzlichen Kritik, dass das Almunia-Paket einseitig marktorientiert ist. Der Geltungsanspruch der auf ein soziales Europa abzielenden Normen des EU-Primärrechts, welches das BVerfG in seinem Lissabon-Urteil als für den Integrationsauftrag des Grundgesetzes unverzichtbar bezeichnet hat, wird nicht eingelöst. Die kommunale Selbstverwaltung, ein wesentliches Element des deutschen Verfassungsstaates, und die traditionellen Förderkonzepte und Instrumente der staatlichen Gewährleistungsverantwortung – u.a. die Investitionsförderung und das Gemeinnützigkeitsrecht – bleiben unberücksichtigt, obwohl der EUV von Lissabon ein Bekenntnis zur regionalen und lokalen Selbstverwaltung enthält. Die Bundesregierung⁴⁷⁴ hatte angemahnt, „es sollte weiter darüber nachgedacht werden, auf welche Weise einem gesicherten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Organisation und Finanzierung der sozialen Dienstleistungen Rechnung getragen werden kann.“ Diesem Anliegen ist in der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe Rechnung getragen worden (s. Abschn. H. VII.).

Das EU-Parlament hatte in seiner Entschließung v. 15.11.2011⁴⁷⁵ über die Reform der EU-Beihilfenvorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu Recht erwogen, dass es sich bei DAWI um Dienste handelt, die ohne staatlichen Eingriff nicht immer oder

nicht auf angemessene Weise erbracht werden können und dass den sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI) eine wichtige Rolle bei der Sicherstellung der Grundrechte zukommt und sie wesentlich zur Chancengleichheit beitragen. Es hat u.a. betont,

„dass die Reform der EU-Beihilfenvorschriften nur unter Berücksichtigung der besonderen Funktion von DAWI und nur unter strikter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips erfolgen kann, da die vorrangige Zuständigkeit für die Bereitstellung, Erbringung, Finanzierung und Organisation der DAWI gemäß dem Protokoll Nr. 26 zum AEUV den Mitgliedstaaten und ihren nationalen und kommunalen Behörden obliegt und sie diesbezüglich über einen weiten Ermessensspielraum und eine große Entscheidungsfreiheit verfügen.“

Weiterhin heißt es in der EntschlieÙung:

„Das Europäische Parlament . . .

(28) fordert die Kommission auf, für SDAI bei denen nicht von einer wesentlichen Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten auszugehen ist, eine bereichsspezifische De minimis-Regelung zu erarbeiten; schlägt deshalb vor, dass zu diesem Zweck für soziale Dienstleistungen dieses Typs geeignete, erhöhte Schwellenwerte vorgegeben werden . . .

(31) begrüÙt die Absicht der Kommission, für staatliche Beihilfen an mit der Erbringung von DAWI betrauten Unternehmen eine De-minimis-Regelung einzuführen, sofern aufgrund des lokal begrenzten Tätigkeitsbereichs lediglich vernachlässigbare Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu erwarten sind und sichergestellt ist, dass der Ausgleich nur für das Funktionieren der betreffenden DAWI verwendet wird; ersucht die Kommission zu prüfen, ob auch DAWI im Kultur- und Bildungsbereich in eine bereichsspezifische Regelung einbezogen werden sollten;

(33) weist darauf hin, dass die Erbringer von DAWI unterschiedlichen Status haben, wie Vereine, Stiftungen, Freiwilligen- und Gemeinschaftsorganisationen, gemeinnützige Organisationen oder soziale Unternehmen; verweist darauf, dass einige von ihnen lediglich auf lokaler Ebene arbeiten, keine gewerblichen Tätigkeiten ausüben und Gewinne aus

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vor Ort reinvestieren . . .“

Die EU-Kommission hat von dieser EntschlieÙung keine Notiz genommen: Sie hat einen Monat nach dem 15.11.2011 den ersten Teilakt des Almunia-Pakets veröffentlicht. Das EU-Parlament ist zwar angehört, aber nicht wirklich gehört worden.

Für die meisten begünstigten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe (= Zweckbetriebe i.S. der §§ 65 ff. AO) hat sich gegenüber dem Monti-Kroes-Paket nichts geändert. Wünschenswert wäre eine europäische Freistellungsverordnung, welche auf die Besonderheiten des Rechtsrahmens der Gemeinnützigkeit abgestimmt ist. Dieses rechtspolitische Anliegen tritt in dem Maße in den Hintergrund, wie das Beihilferecht auf der Grundlage der AGVO, des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV unter Berücksichtigung der Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV sowie des Protokolls Nr. 26 „Über Dienste von allgemeinem Interesse“ in einen Prozess der Herstellung praktischer Konkordanz einbezogen wird. Nach wie vor bedauerlich ist, dass die EU-Kommission sich weigert, im Bereich der DAWI Art. 14 AEUV als Rechtsgrundlage anzuwenden, der ein ordentliches Gesetzgebungsverfahren und so eine erhöhte Rechtssicherheit und demokratische Legitimität gewährleisten würde.⁴⁷⁶

4. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

Wegen der bisherigen⁴⁷⁷ europapolitischen Dominanz der Gewährleistung eines „freien und unverfälschten Wettbewerbs“⁴⁷⁸ wird Europa nicht als völkerrechtlicher Zusammenschluss von Sozialstaaten wahrgenommen, sondern – weit überwiegend – als ein herzustellender Markt.⁴⁷⁹ „Der Markt“ ist jedoch seit eh und je kein Garant für die Sicherung des Gemeinwohls und des sozialen Zusammenhalts. Insbesondere im Bereich der Sozialdienstleistungen gibt es die Realität des Marktversagens (ausführlich Abschn. F. IV.). Angesichts dessen obliegt es der staatlichen Gewährleistungsverantwortung sicherzustellen, dass Dienstleistungen zu für alle Nachfrager erschwinglichen Preisen und mit ausreichender Qualität erbracht werden. Dies ist Teil des europäischen Sozialmodells.⁴⁸⁰ Hier haben die Mitgliedstaaten der EU in Wahrnehmung ihrer Verantwortung traditionelle Förderkonzepte entwickelt.

Die EU-Kommission hat in ihrer Entscheidung zu den Kletterhallen ausgeführt (Rdnr 70):

„Trotz des Beitrags, den die Vereinsmitglieder finanziell und in Form des persönlichen Einsatzes leisten, sind Sportvereine wie der DAV in der Regel nicht in der Lage, die Investitionskosten für ihre Sportanlagen selbst zu tragen. Nach Auffassung der Kommission dient die öffentliche Kofinanzierung für die Errichtung und den Betrieb der DAV-Kletteranlagen der Behebung eines Marktversagens (ohne öffentliche Förderung würden die Vorhaben nicht umgesetzt werden . . .). Deshalb werden Sportstätten traditionell von den Ländern und Kommunen finanziell unterstützt. Die Bereitstellung solcher Infrastrukturen gilt nach dem deutschen Verwaltungsrecht als Teil der Daseinsvorsorge. Deutschland hat sich allerdings in seinen Bemerkungen nicht auf Artikel 106 Absatz 2 AEUV berufen.“

Diese Aussage ist bemerkenswert. Staatliche bzw. kommunale Daseinsvorsorge wird in der europarechtlichen Diskussion i.d.R. in Verbindung gebracht mit der kommunalen Versorgung mit Strom, Gas und Wasser, Telekommunikation, mit Dienstleistungen des Nahverkehrs, der Entsorgung und auch des Betriebs von Sparkassen.⁴⁸¹ Auch der von der EU-Kommission⁴⁸² vorgelegte „Erste vorläufige Entwurf einer europäischen Säule sozialer Rechte“ führt im Politikfeld „20. Zugang zu essentiellen Dienstleistungen der Daseinsvorsorge“ beispielhaft die „elektronischen Kommunikationsdienste, Verkehr, Energie (Strom Wärme) und grundlegende Finanzdienstleistungen (z.B. Bankkonten) an. Damit kann es nicht sein Bewenden haben. Zu Recht führt die EU-Kommission⁴⁸³ im Zusammenhang mit der staatlichen Förderung von Multifunktionsarenen aus: Was die Erreichung „eines politischen Ziels von gemeinsamem Interesse“ angehe, könnten der Bau von Einrichtungen für Sport- und sonstige öffentliche Veranstaltungen sowie die Unterstützung verschiedener Arten von Tätigkeiten, die der Allgemeinheit zugutekommen, als eine Aufgabe des Staates gegenüber der Allgemeinheit angesehen werden. Mit einer Multifunktionsarena erhalte die Allgemeinheit Zugang zu Sport und Kultur, „was eine typische Aufgabe der Gemeinden ist“.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

erwachsen aus den gemeinsamen Werten der Union und spielen bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts eine wichtige Rolle.⁴⁸⁴ In der das Almunia-Paket begleitenden Mitteilung der Kommission v. 20.12.2011 „Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“ (DAWI-Mitteilung) heißt es:

„Unter den derzeitigen wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen tritt die fundamentale Rolle von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union deutlicher denn je zutage. Diese Dienstleistungen sorgen dafür, dass in Bereichen wie der Gesundheitsfürsorge, der Kinderbetreuung oder der Altenpflege, der Unterstützung von Personen mit Behinderungen oder des sozialen Wohnungswesens ein Sicherheitsnetz für die Bürger vorhanden ist, das auch dem sozialen Zusammenhalt förderlich ist. Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in den Bereichen Bildung, Ausbildung und Arbeitsvermittlung spielen in der Wachstums- und Beschäftigungsagenda eine wichtige Rolle.“

Es besteht Einigkeit darüber, dass zahlreiche DAWI nur erbracht werden können, wenn die zuständige Behörde dem Erbringer einen finanziellen Ausgleich gewährt.⁴⁸⁵ Die Kommission verwendet diesen Gesichtspunkt in ihren Entscheidungen zu Beihilfen für Investitionen in Sportinfrastruktur, so auch in der Entscheidung zu den DAV-Kletterhallen. Bestehen keine spezifischen EU-Vorschriften, ist es den Mitgliedstaaten in der Regel freigestellt, wie sie ihre DAWI organisieren und finanzieren.⁴⁸⁶ Dies folgt auch aus dem Protokoll Nr. 26 zum Lissabon-Vertrag. Die Befugnis der Kommission, das diesbezügliche Ermessen der Mitgliedstaaten zu überprüfen, beschränkt sich auf die Kontrolle offensichtlicher Ermessensfehler.⁴⁸⁷

Wenn die Kommission in ihrer Entscheidung zu den Kletterhallen auf Art. 106 Abs. 2 AEUV⁴⁸⁸ Bezug nimmt, bedeutet dies freilich nicht mehr, als dass die Altmark-Trans-Grundsätze zu prüfen sind. Auch gibt es, worauf das EuG⁴⁸⁹ in seinem Urt. v. 03.12.2014 hinweist, weder eine klare und genaue gesetzliche Definition des Begriffs der gemeinwirtschaftlichen Aufgabe noch ein Rechtsinstitut, das definitiv die Voraussetzungen festlegen würde, die erfüllt sein müssen, damit sich ein Mitgliedstaat zu Recht auf das Vorhandensein und den Schutz einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV berufen kann. Indes ist der

grundlegende Gedanke, dass staatliche Daseinsvorsorge in Gestalt einer Bereitstellung von Sportinfrastrukturen für den Amateur- und Breitensport auf staatliche Förderung angewiesen ist, ein Kriterium für die Ermessensentscheidung auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV. Der DAWI-Gedanke hat sich über die formalisierten Altmarkt-Trans-Grundsätze hinaus zu einem Entscheidungstopos entwickelt, der nicht lediglich die Wettbewerbsordnung, sondern zugleich ein europäisches Sozialmodell im Blick hat.

5. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI)

Das EU-Parlament verwendet vorzugsweise den Ausdruck „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (= SDAI); dieser Terminus deckt sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ab. Ob die Auffassung der EU-Kommission,⁴⁹⁰ diese Begriffe seien „austauschbar und ungenau“, zutrifft, sei hier dahingestellt.

Am 26.04.2006 hat die EU-Kommission⁴⁹¹ die „Mitteilung zu Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU“ veröffentlicht, die soweit ersichtlich erstmals die besonderen Merkmale der sozialen Dienstleistungen beschreibt. Zu den dort vermerkten Besonderheiten zählt, dass diese Dienstleistungen personenbezogen und unmittelbar auf die Ermöglichung des Zugangs zu sozialen Grundrechten und die Erreichung des sozialen Zusammenhalts ausgerichtet sind. Im Hinblick auf diese Ziele basieren die DAI auf dem Grundsatz der Solidarität und erfordern häufig die Mitarbeit Freiwilliger und den Einsatz von Organisationen ohne Erwerbszweck. Die Kommission erkennt an, dass die Besonderheiten von Sozialdienstleistungen nicht ausschließlich über Wirtschafts- und Wettbewerbsgesetze zu regeln sind, wenn ihr Charakter, ihre Funktion und ihr gesellschaftlicher Auftrag bewahrt werden sollen. Alle Mitgliedstaaten hätten einen Prozess zur Modernisierung der Sozialdienstleistungen eingeleitet, um den Forderungen nach Universalität, Qualität und Erschwinglichkeit gleichermaßen Rechnung tragen zu können.

„Dieses stärker wettbewerbsorientierte Umfeld und die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse des Einzelnen (auch der nicht lösbaren Probleme) schaffen das geeignete Klima für eine „Sozialwirtschaft“, die

gekennzeichnet ist durch die prominente Position von Dienstleistern ohne Erwerbszweck, die aber gleichzeitig auch effizient und transparent arbeiten müssen.“

In diesen Zusammenhang ist die Auffassung der EU-Kommission einzuordnen, die Bereitstellung und Renovierung von Sportstätten, die überwiegend von gemeinnützigen Trägern genutzt würden, diene der Herstellung einer Infrastruktur, die unabdingbare Voraussetzung für den in vereins- bzw. verbandsmäßigen Strukturen organisierten „Sport für alle“ ist.

Diese zutreffende Aussage trifft sich mit dem Verständnis der Daseinsvorsorge in der klassischen deutschen Verwaltungsrechtslehre: Der Begriff kennzeichnet die Verantwortung des Staates für die Erfüllung der Grundbedürfnisse seiner Bürger oder deren Versorgung mit Leistungen, die der Markt zumeist nicht organisieren kann. Es geht um die Bereitstellung von Gütern zur Verwirklichung von wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Zielen und zur Optimierung des Standortes.⁴⁹² Hierzu gehören Sportanlagen ebenso wie Kultureinrichtungen.⁴⁹³ In ihrer Kletterhallen-Entscheidung hat die EU-Kommission anerkannt, dass die Bereitstellung von Sportinfrastruktur durch den Staat nach deutschem Rechtsverständnis zur Daseinsvorsorge gehört.

Eine weitere Auseinandersetzung mit dem Begriff der Sozialdienstleistungen enthält das Begleitdokument⁴⁹⁴ zu der Mitteilung der EU-Kommission v.20.11.2007⁴⁹⁵ „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“. Die Kommission hebt hervor, dass Sozialdienstleistungen je nach Art der betreffenden Tätigkeit wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Natur sein können. Die „Ziele und Grundsätze der Sozialdienstleistungen“ fasst die Kommission wie folgt zusammen:

Sozialdienstleistungen sollen häufig besondere Ziele erfüllen:

- Sie sind auf das Individuum ausgerichtet und sollen grundlegende menschliche Bedürfnisse, vor allem diejenigen sozial schwacher Mitglieder der Gesellschaft, befriedigen; sie sollen den Einzelnen

gegen die allgemeinen und besonderen Risiken des Lebens absichern und in entscheidenden Lebens- oder Krisensituationen Unterstützung bieten; sie werden auch Familien vor dem Hintergrund sich wandelnder Familienmodelle zuteil und unterstützen deren Rolle bei der Fürsorge für die jungen und die älteren Familienmitglieder sowie Menschen mit Behinderungen und fangen etwaige Defizite innerhalb der Familie auf.

- Sie spielen eine Schlüsselrolle bei der Wahrung der Grundrechte und der Achtung der Menschenwürde.
- Sie haben eine Präventivfunktion und stärken den Zusammenhalt in der Gesellschaft insgesamt ohne Ansehen der Vermögensverhältnisse und des Einkommens des Einzelnen.
- Sie tragen zur Gleichbehandlung, zur Gleichstellung von Mann und Frau, zum Gesundheitsschutz, zur Verbesserung des Lebensstandards und der Lebensqualität und zur Wahrung gleicher Chancen für alle bei und erhöhen damit die Möglichkeiten des Einzelnen, uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben.

Diese Ziele schlagen sich in der Art und Weise nieder, wie die Dienstleistungen organisiert, konkret erbracht und finanziert werden:

- Um den mannigfaltigen Bedürfnissen der Menschen in ihrer Individualität gerecht zu werden, müssen Sozialdienstleistungen mit Blick auf das Ganze und die einzelne Person zugleich konzipiert und erbracht werden. Oft besteht ein persönliches Verhältnis zwischen Empfänger und Erbringer der Dienstleistung.
- Bei der Konzipierung und Erbringung einer sozialen Dienstleistung ist der Vielfalt der Zielpersonen Rechnung zu tragen.
- Anders als das Verhältnis zwischen kommerziellem Anbieter und Verbraucher ist bei Dienstleistungen für sozial Schwache das Verhältnis zwischen Dienstleister und Nutznießer oft asymmetrisch.
- Da soziale Dienstleistungen ihre Wurzeln häufig in den kulturellen Traditionen vor Ort haben, werden maßgeschneiderte Lösungen gewählt, die die Besonderheiten vor Ort berücksichtigen und die Nähe zwischen Erbringer und Empfänger der Leistung garantieren und die dennoch sicherstellen, dass jedermann, gleich wo in einem Mitgliedstaat er sich aufhält, Zugang zu den Leistungen erhält.
- Die Dienstleister benötigen oft ein hohes Maß an Autonomie, um auf

die Vielfalt und den wandelbaren Charakter der sozialen Bedürfnisse reagieren zu können.

- In der Regel beruhen soziale Dienstleistungen auf dem Grundsatz der Solidarität und sind in hohem Maße auf staatliche Gelder angewiesen, damit jeder unabhängig von seiner wirtschaftlichen Situation Zugang zu ihnen erhält.
- Eine wichtige Rolle bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen spielen häufig gemeinnützige Einrichtungen und ehrenamtliche Helfer, die damit ihre Fähigkeit zu aktivem Bürgersinn unter Beweis stellen und zur sozialen Integration und zum sozialen Zusammenhalt innerhalb lokaler Gebietskörperschaften sowie zur Solidarität zwischen den Generationen beitragen.

Diese Beschreibung der Sozialdienstleistungen, die das Ergebnis einer Konsultation zusammenfasst,⁴⁹⁶ ist richtungsweisend.⁴⁹⁷

6. „Anerkannte Ziele von politischem Interesse“

Der aus den Tatbestandsmerkmalen des EGV und des AEUV entwickelte Begriff der SDAI verzichtet auf das Adjektiv „wirtschaftlich“, weswegen wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Dienstleistungen terminologisch verklammert werden. Zugleich verweist der Zusatz „Sozial“-Dienstleistungen auf die Arbeit am Menschen („soziale Dienste“), im Gegensatz zu DAWI: zu diesen gehören die „grundlegenden Bankdienstleistungen“, die Bereitstellung eines Breitbandzugangs und die Stärkung der Rechte von Fluggästen. In ihren Entscheidungen zu der von der Stadt Jena betriebenen Multifunktionsarena,⁴⁹⁸ zum Fußballstadion in Chemnitz⁴⁹⁹ und zum Eisstadion in Heerenveen⁵⁰⁰ führt die EU-Kommission den Begriff des „politischen Ziels“ ein; zugleich klingt die Behebung des Marktversagens an:

„(15) Was die Erreichung eines politischen Ziels von gemeinsamem Interesse angeht, können der Bau von Einrichtungen für Sport- und sonstige öffentliche Veranstaltungen sowie die Unterstützung verschiedener Arten von Tätigkeiten, die der Allgemeinheit zugute kommen, als eine Aufgabe des Staates gegenüber der Allgemeinheit angesehen werden.“

(16) Mit der Arena wird die Allgemeinheit folglich Zugang zu Sport und Kultur erhalten, was eine typische Aufgabe der Gemeinden ist. Es besteht ein Kapazitätsmangel und/oder Mangel an angemessenen und modernen Einrichtungen für Sport- und Kulturveranstaltungen. . . . Ziel ist es nicht, internationale kommerzielle Veranstaltungen anzuziehen, sondern dem örtlichen bzw. regionalen Bedarf an einem Ort für größere Veranstaltungen zu genügen. Daher ist davon auszugehen, dass der Umbau zur Arena politischen Zielen von allgemeinem Interesse entspricht.

(17) Die Beihilfe ist insofern zielgerichtet, als sie das spezifische Problem nicht . . . ausreichender Investitionen in Sportinfrastrukturen angeht.“

Die Kommission schließt mit der Feststellung:

„Mit der öffentlichen Finanzierung des Baus und des Betriebs der Multifunktionsarena der Stadt Jena werden somit anerkannte öffentliche politische Ziele verfolgt. Ferner ist die öffentliche Finanzierung erforderlich und beeinträchtigt den Handel und den Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten nicht in einem Umfang, der dem gemeinsamen Interesse im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV zuwiderläuft.“

In der Entscheidung zum Fußballstadion in Chemnitz⁵⁰¹ heißt es noch knapper:

„(30) Mit der staatlichen Finanzierung des Umbaus und Betriebs des Stadions der Stadt Chemnitz werden somit anerkannte Ziele von allgemeinem Interesse (!) verfolgt. Ferner ist diese Finanzierung erforderlich und angemessen und beeinträchtigt Handel und Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten nicht in einem Maße, das dem gemeinsamen Interesse im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV zuwiderläuft.“

Dies bedeutet letztlich, dass die EU-Kommission das mitgliedstaatliche Politikziel „Sportförderung“ billigt, weil diese Politik „im allgemeinen Interesse liegt“. Damit wird – in Übereinstimmung mit dem Protokoll Nr. 26 „Über Dienste von allgemeinem Interesse“ – die elementare Aufgabe jeden Staates, das Allgemeinwohl auf seinem Staatsgebiet zu organisieren, zu finanzieren und damit letztlich zu mehren, den Mitgliedstaaten zugeordnet. Die hierauf zulaufende Rechtsentwicklung ist bei der nachfolgenden Darstellung der Entscheidungspraxis der EU-Kommission

im Auge zu behalten.

V. Entscheidungspraxis der EU- / EFTA-Behörden zur Förderung des Sports (chronologisch)

1. Vorbemerkungen

In der Mitteilung zur Entwicklung der europäischen Dimension des Sports vom 18.01.2011⁵⁰² stellt die EU-Kommission fest, es habe bisher nur wenige Beschlüsse über staatliche Beihilfen für den Sport gegeben; dies, obwohl die Kommission anerkennt, dass der Sport „in allen EU-Mitgliedstaaten auf verschiedenste Weise von der öffentlichen Hand finanziert wird“. Ebenso wie für andere Bereiche, die sich in einer ähnlichen Lage befinden, hätten Interessenträger wiederholt eine weitere Klärung zur Finanzierung von Infrastrukturen und Sportvereinen / -verbänden gefordert.

Viele Beschwerden, die bei der Kommission eingehen, beziehen sich auf Maßnahmen lokaler Gebietskörperschaften – meist der Kommunen – zugunsten von Vereinen, die sich populären Sportarten widmen. Sie betreffen die Nutzungsbedingungen für das örtliche Stadion, die Grundstückspreise bei Immobiliengeschäften zwischen den Kommunen und den Vereinen sowie Finanzhilfen für Vereine, die in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind. Wichtige Entscheidungen hat die Kommission ab dem Jahre 2011 erlassen.

In Deutschland gab es Notifizierungsverfahren für Sportinfrastruktur in Chemnitz, Jena, Erfurt (Betreiber-gesellschaft). U.a. die WM-Stadien in Köln, München, Leipzig, Berlin und Hannover waren Gegenstand von Untersuchungen der Kommission.⁵⁰³ Sie hat – so wie auch im Falle der Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins – letztlich dahingestellt sein lassen, ob eine den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigende Beihilfe vorliegt und positive Entscheidungen auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV getroffen wurden. Die EU-Kommission hat z.B. zum Fall Chemnitz entschieden, dass die Förderung einer Infrastrukturmaßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, wenn ein Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt wird, die öffentliche Finanzierung erforderlich und verhältnismäßig ist und wenn keine unangemessene

Verfälschung des Wettbewerbs verursacht wird.

Nachfolgend werden die wichtigsten veröffentlichten Entscheidungen der EU-Kommission zur Sportförderung zwecks Systematisierung dargestellt.

2. EU-Kommission v. 25.04.2001 zur staatlichen Förderung für Profisportvereine in Frankreich

Der Beschluss der EU-Kommission v. 25.04.2001 in der Beihilfesache N 118/00 „Subventions publiques aux clubs sportifs professionnels“ ist nicht dokumentiert. In der von der Kommission veröffentlichten Pressemitteilung heißt es:⁵⁰⁴

„Nach der angemeldeten Regelung dürfen die französischen Kommunen einen Profi-Sportverein, der ein staatlich zugelassenes Jugend-Ausbildungszentrum unterhält, mit finanziellen Zuwendungen von bis zu 2,3 Mio. EUR im Jahr unterstützen. Gefördert werden folgende Sportarten: Fußball, Basketball, Rugby und Volleyball. Mit dieser Form der Ausbildung wollen die französischen Behörden gewährleisten, dass die Jugendlichen das höchste sportliche Niveau erreichen, und gleichzeitig eine gute Schulbildung sowie die Fähigkeit zur Eingliederung oder (im Falle jener Jugendlichen, die eine Karriere als Berufssportler einschlagen) Wiedereingliederung ins Berufsleben erwerben. Nebenbei soll mit dieser Regelung das Freizeitangebot in den Kommunen verbessert und ein Abgleiten gefährdeter Jugendlicher in die Gewalt verhindert werden.

Die französischen Behörden haben zugesagt, die ordnungsgemäße Verwendung der Zuschüsse zu prüfen. Damit soll verhindert werden, dass die Förderung die tatsächlichen Netto-Ausbildungskosten übersteigt und indirekt andere Tätigkeiten subventioniert werden. Vorgesehen ist u.a. eine genaue Trennung zwischen den Ausbildungsmaßnahmen und den wirtschaftlichen Tätigkeiten der Sportvereine auf der Ebene der Buchführung.“

3. EU-Kommission v. 06.04.2005 Basketball Omniworld Almere

In ihrer Entscheidung v. 06.04.2005⁵⁰⁵ stellt die Kommission fest, dass der Proficlub einen marktgerechten finanziellen Ausgleich erhalten hat für die

Unterhaltung von Aktivitäten für den Schul- und Freizeitsport. Die Kommission verneinte das Tatbestandsmerkmal des Vorteils.

4. EU-Kommission v. 21.10.2008 Investition der Stadt Rotterdam in den Ahoy complex

In ihrer Entscheidung v. 21.10.2008 befasste sich die EU-Kommission⁵⁰⁶ mit der Investition der Stadt Rotterdam in den Ahoy'-Komplex. Dieser besteht aus einem Sportpalast, sechs Ausstellungshallen und einem großen Konferenz- und Kongresszentrum und wurde für die Ausrichtung unterschiedlichster Veranstaltungen wie Ausstellungen, Konferenzen, Handelsmessen, Shows, Konzerte, Sportveranstaltungen und gesellschaftliche Veranstaltungen errichtet. Die Stadt beschloss, Eigentum und Betrieb zu trennen. Sie blieb Eigentümerin des Komplexes und veräußerte die Betriebsrechte der Ahoy' Rotterdam N.V. Gleichzeitig vermietete sie den Komplex an dieses privatisierte Unternehmen. Das Nutzungsentgelt wurde auf der Grundlage eines Gutachtens von Deloitte Financial Advisory Services B.V. (Deloitte) festgesetzt. Die Stadt Rotterdam hatte maximal 42 Mio. EUR in die Renovierung und Modernisierung bzw. Erweiterung des Sportpalastes zu investieren. Die EU-Kommission leitete ein umfassendes Prüfverfahren ein, in dem sie umfänglich vor allem der Frage nach einem wirtschaftlichen Vorteil für den Betreiber, für das Unternehmen, das die Investition durchführen sollte, und für die den Komplex nutzenden Unternehmen nachging. Sie kam zu dem Ergebnis, dass die Investition keine einzelnen Unternehmen oder Wirtschaftszweige begünstigt und daher nicht selektiv ist.

5. Förderung eines Fitnesscenters in Norwegen – Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde v. 01.06.2011

Im Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde v. 01.06.2011⁵⁰⁷ ging es um die Finanzierung des Fitnesscenters im Kippermoen Leisure Centre („KLC“). Eigentümer des Freizeitentrums ist die Gemeinde; das KLC besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit. Es wird durch den Gemeindehaushalt finanziert; die Nutzer tragen durch die Eintrittsgelder zur Finanzierung bei. Diese Entgelte decken nicht die Kosten für den Betrieb des KLC. Das Defizit wird über den Gemeindehaushalt

ausgeglichen. Die EFTA-Überwachungsbehörde leitete das förmliche Prüfverfahren ein, da sich ihr die Frage stellte, ob es sich bei der Finanzierung des Fitnesscenters im KLC um eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 61 des EWR-Abkommens handelt. Es erschien zweifelhaft, ob die Finanzierung des Fitnesscenters, sollte es sich um eine staatliche Beihilfe handeln, mit dem EWR-Abkommen unter den Gesichtspunkten der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 59 Abs. 2 EWR-Abkommen) oder der Förderung kultureller oder regionaler Aktivitäten vereinbar war. Im Prüfverfahren vertrat u.a. der norwegische Verband der gewerblichen Fitnesscenter die Auffassung, der Einsatz staatlicher Mittel zur selektiven Förderung von Fitnesscentern sei eine Beihilfe im Sinne des Art. 61 Absatz 1 des EWR-Abkommens. Durch diese werde der Wettbewerb verfälscht und der Handel innerhalb des EWR beeinträchtigt. Um diese Argumentation zu untermauern, legte der Fitnessverband der Behörde allgemeine Informationen über den Fitnesscenter-Markt in Norwegen vor und argumentierte, diese Beihilfen müssten auch den privaten Fitnesscentern zu gleichen Bedingungen gewährt werden.

Die EFTA-Überwachungsbehörde stellte fest, dass die Provinz Nordland dem Fitnesscenter im KLC keine wirtschaftlichen Vorteile gewährt habe. Die Mittel der Gemeinde seien im Umfang der Finanzierung des Fitnesscenters im KLC, sofern es sich bei diesen um staatliche Beihilfen handele, eine bestehende Beihilferegulierung. Die Behörde hat das Verfahren eingestellt und ein Verfahren zur Überprüfung bestehender Beihilferegulierungen gemäß Teil I Artikel 1 Absatz 1 und 2 des Protokolls 3 eingeleitet.⁵⁰⁸ Dokumente zu einem Folgeverfahren sind soweit ersichtlich nicht veröffentlicht.

6. EU-Kommission v. 17.06.2011 – Skilifte am Parnass

In der Entscheidung der EU-Kommission⁵⁰⁹ v. 17.06.2011 ging es um die Förderung von Skiliften in italienischen Wintersportgebieten. Es ist evident, dass diese Sportinfrastruktur keine grenzüberschreitende Bedeutung hat.

„(20) In its decisions of cases N 676/2002 Cableways Valle d’Aosta and N 731/2007 Aid to local ski resorts in Veneto, the Commission specified the

cableway installations of a local character as being installations in winter sports resorts including no more than three ski slopes whose total length is not exceeding three kilometres; or, those in which the number of hotel rooms is lower than or equal to 2000 and which sale of weekly passes does not exceed 15% of the total number of ski passes sold. In the case in hand, PSC does not include hotel facilities and the number of weekly passes sold represents 1.5% of the total number of passes sold. Hence, it can be concluded that the notified measure constitutes aid to an installation of a purely local interest and is therefore not likely to affect the trade between Member States. Therefore, the measure does not constitute State aid within the meaning of the article 107 (1) TFEU.“

7. Entscheidung der EU-Kommission v. 09.11.2011 zur Sportförderung in Ungarn

Die Kommission hat sich in ihrer Entscheidung v. 09.11.2011⁵¹⁰ mit der ungarischen Sportförderung befasst. Ungarn stellt öffentliche Mittel in Höhe von rund 70 Mio. EUR jährlich u.a. für die Renovierung und Modernisierung von Sportinfrastruktur bereit mit dem Ziel, den Amateur- und Breitensport zu fördern. Mit der Begründung, dass entsprechende Investitionen Privater unter normalen Marktbedingungen nicht profitabel sind, gibt Ungarn Unternehmen, die sich finanziell an der Entwicklung des Sports beteiligen, steuerliche Anreize. Instrument der steuerlichen Förderung ist u.a. der Abzug von Zuwendungen von der Körperschaftsteuer. Begünstigt sind die Sportverbände der populärsten Ballsportarten, Profisportclubs und Investoren im Bereich des Sports, die freilich eine Sportstrategie für den Jugend- und Breitensport und die Einbindung der Öffentlichkeit in Sportereignisse entwickeln müssen. Auch Gemeinden können subventioniert werden; diesen gehört die weit überwiegende Zahl der Sportstätten, die auch professionellen Sportclubs entgeltlich zur Nutzung überlassen werden.

Ungarn hatte unter Berufung auf das „Weißbuch Sport“⁵¹¹ u.a. vorgetragen, dass Amateurclubs keine Unternehmen i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV seien.⁵¹² Es hat ferner die Kommission darüber informiert, dass die steuerliche Begünstigung abgesehen von den fünf genannten Verbänden nach der Gruppenfreistellungsverordnung⁵¹³ und nach der

geltenden Deminimis-VO gewährt würden. Daher prüft die Kommission ausdrücklich nur die Begünstigung der fünf Sportverbände. Im Übrigen führt sie aus, es sei die Angelegenheit der ungarischen Behörden dafür Sorge zu tragen, dass die übrigen Beihilfen durch die genannten Rechtsgrundlagen gedeckt seien.

Die Kommission bejahte zum Profisport den Tatbestand der Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Sie beschrieb mit Blick auf die europäischen Ligen die wirtschaftliche Bedeutung des Profisports vor allem für den Fußball und betonte, dass die Proficlubs heftig (*fiercely*) um Zuschauer und Vermarktungsrechte konkurrieren. Sie stellte fest, dass in Bezug auf den Eigner und Vermieter der Sportanlage die Überlassung zur Nutzung durch den Profisport eine wirtschaftliche Tätigkeit sei, auch wenn diese nicht „profitabel“ ist.

„(73) According to the Court jurisprudence,⁵¹⁴ not only the operation and management of an infrastructure constitutes an economic activity but also that the construction of infrastructure, which cannot be separated from its later operation. Since the market of professional sport is characterized by high level of competition with significant private and commercial investments, the exploitation of a sport infrastructure used by a professional sport club constitutes an economic activity and its financing by the State is therefore subject to State aid control.

(74) „As regards the main users, sport clubs shall be considered undertakings to the extent they carry out economic activities e.g. by selling tickets to the sport events, selling broadcasting rights or concluding sponsoring or advertising agreements. Sports associations shall be considered as economic undertakings if they themselves carry out economic activity, for instance by commercially exploiting a sport event.“

Eigentümer und Nutzer der Sportinfrastruktur erhalten selektive Begünstigungen, weil die Anlagen nur durch die fünf populärsten Mannschaftssportarten Ungarns genutzt werden („*dedicated infrastructure*“). Selektivität kann auch vorliegen bei der Eigennutzung von örtlicher Infrastruktur durch Profi-Sportclubs. Nach ausführlichen Erwägungen bejaht die Kommission den Tatbestand der Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Die Erwägungen der Kommission zur Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt

(Art. 107 Abs. 3 Buchst. c. AEUV) beginnen mit der Erörterung des Art. 165 AEUV. Zur Bedeutung des Sports für die Gesellschaft und den Einzelnen, zu seiner pädagogischen, sozialen, kulturellen und gesundheitlichen Dimension sowie zur Einbeziehung ehrenamtlicher Tätigkeit (*volutary activities*) bezieht sie sich auf das Begleitdokument zum „Weißbuch Sport“.⁵¹⁵ Sie betont den Zweck der Förderung von Großsportereignissen ebenso wie des Breiten- und Jugendsports. Auch spricht sie den Aspekt des Marktversagens an:

„(89) Within the specific Hungarian context, State aid to the sport sector could provide a remedy for a well-defined market failure, i.e. situations where individual market investors do not invest even though this would be efficient from a wider economic perspective, e.g. due to the positive spill-over effects. . . .“

Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass Ungarn ausreichende Kautelen vorgeschlagen hatte, aufgrund derer die Verhältnismäßigkeit der Fördermaßnahme und deren Auswirkungen auf den Handel begrenzt sind, z.B.:

- eine kontrollierte Preispolitik bei der Bemessung der Nutzungsentgelte unter Berücksichtigung der Vermeidung von Überkompensation;
- die Profisportclubs gewährleisten „im Austausch“ mit der staatlichen Förderung den größtmöglichen Nutzen für die Allgemeinheit;
- die geförderte Infrastruktur wird der Allgemeinheit als Mehrzweckanlage („Multifunktion“) zur Verfügung gestellt;
- schwerpunktmäßige Verwendung der Förderung für die Erhaltung bestehender Anlagen; im Falle der Errichtung neuer Sportstätten müssen Überkapazitäten vermieden werden;⁵¹⁶
- die Förderung ist Teil des nationalen Sportprogramms.

Die Kommission zog das folgende Fazit: Die Wirkung der Beihilfe wurde insgesamt als positiv erachtet („ . . . *the overall impact of the measure is positive*“). Sie hielt die Beihilfe für vereinbar mit Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV. Sie bittet Ungarn u.a. um jährliche Berichte über die Anwendung der Fördermaßnahmen.

8. Die Entscheidung der Kommission zu den Kletterhallen des DAV Berlin

a. Vorbemerkung

Der Sachverhalt des Beschlusses der EU-Kommission v. 05.12.2012⁵¹⁷ ist oben im Abschnitt B. III. dargestellt.

Die Entscheidung der Kommission verdient größte Aufmerksamkeit, weil sie generell als Argumentationshilfe verwendet werden kann, wenn zweckbetriebliche Tätigkeiten auf den Prüfstand des Beihilferechts – mutatis mutandis auch des Verfassungsrechts – gestellt werden. Die EU-Kommission stellt auf der Rechtsgrundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV und z.T. bereits rechtslogisch vorrangig auf der Tatbestandsebene des Art. 107 Abs. 1 AEUV diejenigen Überlegungen an, durch die in Deutschland die seit den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts entwickelte Privilegierung des Zweckbetriebs (§ § 65 ff AO) – auch verfassungsrechtlich – legitimiert wird. Der Entscheidung der EU-Kommission ist gerade aus der Sicht der deutschen gemeinnützigkeitsrechtlichen Tradition in vollem Umfang zuzustimmen.

b. Die DAV-Gruppe als Unternehmen – Anwendung des Art. 107 Abs. 1 AEUV

Mit ihrer Entscheidung v. 05.12.2012 prüft und bejaht die Kommission die Tatbestandsvoraussetzungen des Beihilfeverbots nach Art. 107 AEUV, „insofern sie der DAV-Gruppe zugutekommen“. Sie behandelt „für Zwecke der Beihilfekontrolle“ die DAV-Sektionen und den Dachverband als eine einzige Gruppe.⁵¹⁸ Der Dachverband, so die Kommission, unterstehe der gemeinsamen Kontrolle der Sektionen und übe selbst wiederum eine strenge Kontrolle über die Sektionen aus. Zwischen dem Dachverband und den Sektionen bestünden enge finanzielle Verbindungen (Rdnr. 48 f.).

Die deutsche Finanzverwaltung hatte der Kommission bestätigt, dass im Falle einer zeitlich begrenzten Nutzung der Kletterhallen durch Nichtmitglieder eine steuerpflichtige wirtschaftliche Tätigkeit besteht.

Die EU-Kommission führt im Einzelnen aus:

- *Die Förderung wird aus staatlichen Mitteln gewährt.*
- *Die Bundesrepublik Deutschland hatte vorgetragen, bei den Sektionen*

des DAV handele es sich weder um Unternehmen noch um eine wirtschaftliche Tätigkeit. Amateurvereine seien regelmäßig nicht als Unternehmer anzusehen, da sie keine wirtschaftliche Tätigkeit ausführen (Bezugnahme auf das „Weißbuch Sport“ der Kommission).

Die EU-Kommission führte hierzu aus: Wenn die DAV-Kletterwände der allgemeinen Öffentlichkeit gegen einen Eintrittspreis zur Verfügung gestellt würden, sei dies mit gewerblichen Fitnesszentren vergleichbar, die ihre Fitnessgeräte zur Verfügung stellen. „Weil Deutschland keinen Beweis dafür vorgelegt habe, dass ausschließlich DAV-Mitglieder oder anerkannte Mitgliedschaftsanwärter Zugang zu DAV -Kletterzentren hätten, schließe sie nicht aus, dass die Nutzung der DAV-Kletterzentren „durch die breite Öffentlichkeit gegen ein Eintrittsgeld unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit falle“.

Die letztere Einschränkung ist insofern von Bedeutung, als aus dem Begründungskontext folgen könnte, dass keine unternehmerische Tätigkeit vorliegt, wenn die Sportstätte nur den – Beitrag zahlenden – Vereinsmitgliedern zur Nutzung überlassen wird, die insoweit nicht „Öffentlichkeit“ sind. Weiterhin heißt es in der Entscheidung der Kommission:

- *Der DAV erhält im Verhältnis zu gewerblichen Betreibern von Kletterhallen selektiv einen wirtschaftlichen Vorteil, „der den Begünstigten ansonsten im Laufe ihrer normalen Geschäftstätigkeit nicht erwachsen wäre“.*
- *Es besteht zumindest die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung, „insofern als die staatlich finanzierten Kletterhallen mit anderen Anlagen im Wettbewerb um Kunden stehen“. Ohne Zugang zu den Fördermitteln wäre es für den DAV schwierig, den Betrieb seiner Kletterhallen aufrecht zu erhalten bzw. ein Programm mit allen Merkmalen – und den damit verbundenen Kosten – eines Kletterzentrums anzubieten.*

Der DAV hatte unter Bezugnahme auf Abschnitt 3.3 Satz 2 der Mitteilung der Kommission zur Entwicklung der europäischen Dimension des Sports vom 18.01.2011⁵¹⁹ vorgetragen, die kleinen und mittelgroßen Kletteranlagen wirkten sich nicht negativ auf den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten aus. Die EU-Kommission führt hierzu aus:

Nach der Rechtsprechung des EuGH gelte der Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten als „beeinflusst“, wenn eine Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern in diesem Handel stärke. Auf der Grundlage der verfügbaren Informationen sei nicht gänzlich auszuschließen, dass die hier fragliche staatliche Finanzierung eine abschreckende Wirkung auf potenzielle neue Marktteilnehmer haben könnte. Die Beschlusspraxis der EU-Kommission zum Beihilfetatbestand für die staatliche Förderung von Sport sei nuanciert. Einerseits seien Zuwendungen für örtliche Sportanlagen und die Ausbildung im Rahmen der Jugendarbeit durch Profisportvereine in der Regel keine staatlichen Beihilfen.⁵²⁰ Andererseits habe der Wettbewerb zwischen Profisportvereinen eine internationale Dimension und eine staatliche Förderung solcher Vereine könnte als staatliche Beihilfe betrachtet werden.⁵²¹ Sie, die Kommission, vertrete die Auffassung, dass die beihilferechtliche Würdigung auf der Ebene des DAV als Gruppe erfolgen sollte; in der Sache „Freizeitbad Dorsten“⁵²² sei Träger der Anlage lediglich ein örtlicher Sportverein gewesen. Die Kommission müsse daher nicht dazu Stellung nehmen, ob der Handel beeinträchtigt sein könnte, wenn die Würdigung nur auf der Ebene der einzelnen Kletterhallen erfolgen würde.

Die EU-Kommission fasst ihre Erwägungen wie folgt zusammen (Rdnr. 63):

„Deshalb kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Maßnahmen als staatliche Beihilfen im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV zu betrachten sind, insofern sie der DAV-Gruppe (!) zugutekommen. Die Kommission stellt fest, dass es sich bei den (scil.: hier geprüften) Maßnahmen um allgemeine Regeln handelt, die auch von anderen Sportvereinen, von denen viele ausschließlich auf Ortsebene tätig sind, in Anspruch genommen werden können. In diesen Fällen kann keine Beihilfe vorliegen, wenn die Begünstigten keinen gewerblichen Tätigkeiten nachgehen oder es keine Auswirkungen auf Wettbewerb oder Handel gibt.“

c. Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt (Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV)

„Insofern die zu würdigenden Förderungen staatliche Beihilfen darstellen“,

prüft die Kommission diese am Maßstab des Art. 103 Abs. 3 Buchst. c AEUV auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt.⁵²³ Diese Vorschrift lautet auszugsweise:

„(3) Als mit dem Binnenmarkt vereinbar können angesehen werden:

...

b) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;

c) Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft . . .“

Die Kommission stellt zur Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV die folgenden Fragen:

- 1. Dient die Beihilfemaßnahme einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse?*
- 2. Ist die Beihilfemaßnahme geeignet, das im gemeinsamen Interesse liegende Ziel zu verwirklichen? Insbesondere:*
 - a. Ist die Beihilfemaßnahme ein geeignetes und erforderliches Instrument, oder gibt es andere, besser geeignete Instrumente?*
 - b. Entsteht durch die Beihilfe ein Anreiz, d. h. wird durch die Beihilfe das Verhalten von Unternehmen verändert?*
 - c. Ist die Beihilfe verhältnismäßig, mit anderen Worten, könnte dieselbe Verhaltensänderung nicht mit einer geringeren Beihilfe herbeigeführt werden?*
- 3. Sind die Wettbewerbsverzerrungen und die Handelsbeeinträchtigungen so gering, dass die Gesamtbilanz positiv ausfällt?*

Die EU-Kommission sieht das „Ziel von gemeinsamem Interesse“ im Kontext des Art. 165 AEUV, was sie ausführlich darlegt (Rdnrn 68, 79). Sie stellt hierzu fest:

„. . . Mit der in Rede stehenden Finanzierung sollen der Klettersport, damit verbundene pädagogische Tätigkeiten und das gesellschaftliche

Leben von Amateursportlern einschließlich Jugendlichen in Vereinen, deren Mitglieder sich auf freiwilliger Basis engagieren, gefördert werden.

..

Die Beihilfe diene „eindeutig der Förderung des Amateur- und Breitensports und dem Zugang zu den entsprechenden Angeboten“. Um den Status als gemeinnütziger Verein zu erlangen, müsse der betreffende Verein nachweisen, dass er zur Förderung des Amateur- und Breitensports beitrage. Die staatliche Förderung sei unter Berücksichtigung ihres Anreizeffekts – sie könne nur für Sportanlagen in Anspruch genommen werden, die ohne eine Förderung nicht gebaut worden wären – „das erforderliche und geeignete Instrument“, weil Sportvereine wie der DAV i.d.R. nicht in der Lage seien, die Investitionskosten für ihre Sportanlagen selbst zu tragen. Die Verhältnismäßigkeit der Investition werde gewährleistet durch die sachkundige Verwaltung vor Ort.

Die Beihilfe sei auch verhältnismäßig, was u.a. wie folgt begründet wird:

„(78) Des Weiteren enthalten verschiedene Rechtsgrundlagen zusätzliche Bedingungen, z. B. dass der Verein keiner gewerblichen Tätigkeit nachgehen darf und zur allgemeinen Jugendarbeit beitragen muss . . .

(79) Außerdem sind die DAV-Sektionen nicht gewinnorientiert und fest in der deutschen Gesellschaft verankert; jeglicher Gewinn wird in den Sport und in Bildungs- und Ausbildungsmaßnahmen investiert.“

Die entscheidungsleitenden Stichworte des Marktversagens und der Daseinsvorsorge (Art. 106 Abs. AEUV) sind bemerkenswert:

„(70) Trotz des Beitrags, den die Vereinsmitglieder finanziell und in Form des persönlichen Einsatzes leisten, sind Sportvereine wie der DAV in der Regel nicht in der Lage, die Investitionskosten für ihre Sportanlagen selbst zu tragen. Nach Auffassung der Kommission dient die öffentliche Kofinanzierung für die Errichtung und den Betrieb der DAV-Kletteranlagen der Behebung eines Marktversagens (ohne öffentliche Förderung würden die Vorhaben nicht umgesetzt werden . . .). Deshalb werden Sportstätten traditionell von den Ländern und Kommunen finanziell unterstützt. Die Bereitstellung solcher Infrastrukturen gilt nach dem deutschen Verwaltungsrecht als Teil der Daseinsvorsorge. Deutschland hat sich allerdings in seinen Bemerkungen nicht auf Artikel

106 Abs. 2 AEUV berufen.

(71) Die verschiedenen Förderregelungen haben dazu beitragen, dass in Deutschland ein ausreichendes Angebot an Sportanlagen für den Amateursport besteht; die Sportanlagen werden sowohl von Sportvereinen wie auch von Schulen und anderen öffentlichen Einrichtungen genutzt.“

Die Kommission verneint schädliche Auswirkungen auf den Handel (Rdnr. 84 ff.) und auf den Wettbewerb (Rn. 90 ff.).

Das Einzugsgebiet von Kletterhallen sei begrenzt. Die Sektionen des DAV entwickelten ihr Sportangebot nur in ihren jeweiligen Städten/Gemeinden bzw. in ihrem örtlichen oder regionalen Umfeld. Etwaige Werbemaßnahmen könnten ebenfalls als örtlich bzw. regional betrachtet werden. Grundsätzlich bestehe keine Nachfrage aus dem Ausland für Angebote des DAV. Selbst in Grenzregionen wären die Auswirkungen auf den Handel folglich gering. Es könne der Schluss gezogen werden, dass die DAV-Kletterzentren nicht im Wettbewerb mit Kletterzentren in anderen Mitgliedstaaten stehen.

Eine Handelsbeeinträchtigung liege nicht vor, wenn lediglich eine lokale Tätigkeit ausgeübt werde⁵²⁴, wie z.B. im Prüffall „Freizeitbad Dorsten“. ⁵²⁵

Zu den Auswirkungen auf den Wettbewerb vermerkt die EU-Kommission (Rdnr. 92):

„(81) In der Regel ist es sehr unwahrscheinlich, dass die finanzielle Förderung von Amateursportanlagen, die im Eigentum von Sportvereinen stehen, von diesen betrieben werden und dem Gemeinwohl dienen, die Handelsbedingungen in einer Weise beeinträchtigen, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, da normalerweise kein Wettbewerb herrscht: Die meisten Sportarten, insbesondere Mannschaftssportarten, werden von privaten Marktteilnehmern nicht angeboten. Die äußerst geringe Zahl von Beschwerden, die sich auf staatliche Beihilfen für Amateursportvereine beziehen, bestätigt dies. . . .

(92) Nach Auffassung der Kommission ist es nicht entscheidend, ob die Kapazitäten der vom DAV geplanten oder der bestehenden DAV-Kletterhallen über den Bedarf der Mitglieder hinausgehen. Für die Kommission liegt es auf der Hand, dass die Mehrheit der Angebote des gemeinnützigen Vereins DAV (Angebote für Mitglieder, Schulen und

Menschen mit Behinderungen) den Wettbewerb nicht in einem Maße beeinträchtigen könnten, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufen würde. . . . Auch wird die Verzerrung des Wettbewerbs mit kommerziellen Kletterhallen dadurch verringert, dass die Kletterhallen vor allem von Vereinsmitgliedern genutzt werden. . .

(94) Die Kommission räumt ein, dass die Eröffnung eines DAV-Kletterzentrums zu Einkommenseinbußen bei bereits bestehenden gewerblichen Betreibern führen kann. Es ist allerdings unwahrscheinlich, dass der gewerbliche Betreiber der gemeinnützigen Aufgabe gerecht wird, Kletteranlagen zu erschwinglichen Eintrittspreisen anzubieten; zudem besteht die Möglichkeit, sich an die Behörde zu wenden, die für die Durchführung der in Rede stehende Maßnahme zuständig ist. Am Beispiel des DAV-Kletterzentrums in Berlin wird deutlich, dass die Vorkehrungen nach deutschem Recht einen Interessenausgleich gewährleisten können. Im Falle von Berlin führte dies zu einer erheblichen Eingrenzung der Überschneidungen zwischen dem Geschäftsbetrieb des gewerblichen Kletterzentrums und dem DAV-Kletterzentrum . . .“

Da sich Größe und Angebot der DAV-Kletterhallen an erster Stelle nach der Mitgliederzahl richteten, komme es „kaum zu Wettbewerbsverzerrungen“. Die Vorkehrungen der deutschen Behörden stellten die Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Maßnahmen sicher. Es gehe nicht um Profisport, sondern um Amateursport für die breite Öffentlichkeit, Schulen oder sozial benachteiligte Personen.⁵²⁶ Sport- und Wettkampfklettern könnten nicht als Profisport gelten.

d. Anfechtung der Kommissionsentscheidung vor dem EuG

Gegen die Entscheidung der EU-Kommission hat der gewerbliche Konkurrent eine Anfechtungsklage gem. Art. 263 AEUV erhoben. Nach Auffassung der Kläger sind die Kletterhallen des DAV wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, „dabei nur zum Teil in Gestalt des Zweckbetriebes“. Der Betrieb der DAV-Kletterhallen sei „unter Nutzung aller steuerlichen und gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten auf maximale Gewinnerzielung ausgerichtet“. Den Kletterhallenbetrieb einschließlich „rein kommerzieller Wettkämpfe“, mit denen „richtig Geld verdient“ werde, organisierten „Betreibergesellschaften“. Ein Marktversagen i.S. der

„Allgemeinen Grundsätze“⁵²⁷ liege nicht vor. Es treffe nicht zu, dass der DAV nicht in der Lage wäre, Kletterhallen ohne staatliche Förderung zu errichten. Der Verband mit seiner marktbeherrschenden Stellung und seinem hohen Bekanntheitsgrad sei derart vermögend, dass er Kletterhallen auch „aus der Haushaltskasse“ finanzieren könnte. Eine „blinde“ Privilegierung gemeinnütziger Organisationen berge die Gefahr, dass diese Organisationen Beihilfen nutzen, um sich eine marktbeherrschende Stellung zu verschaffen, die sie ohne die Beihilfen nicht oder nicht in der gleichen Weise erlangt hätten.

Die EU-Kommission hat im Verfahren u.a. vorgetragen:

„Die Sektion Berlin des Deutschen Alpenvereins (und auch der Dachverband) sind nicht gewinnorientiert. Dies wäre mit dem Status der Gemeinnützigkeit unvereinbar. Deshalb darf die Sektion Berlin staatliche Zuschüsse nicht dazu nutzen, Gewinne zu erzielen. Sie muss sie vielmehr in vollem Umfang in der Form niedrigerer Hallengebühren an ihre Mitglieder weitergeben oder aber ihre gemeinnützigen Aktivitäten, wie etwa die Jugendarbeit, ausbauen (da die Mitglieder in der Mitgliederversammlung die Sektion kontrollieren, werden sie auch dafür sorgen, dass dies geschieht). Durch niedrigere Hallengebühren bzw. verstärkte Jugendarbeit wird aber das mit der Maßnahme verfolgte Ziel, nämlich die Förderung des Sports im Verein, erreicht. Ohne die streitgegenständliche Beihilferegulung wäre nicht der gleiche Beitrag zur Förderung der Entwicklung des Sports geleistet worden.“

Weiterhin heißt es: Die Förderung des Amateur- und Breitensports aufgrund der typischerweise lokalen oder regionalen Märkte habe nur ein geringes Potential dafür, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und damit die Verwirklichung des Binnenmarktes zu beeinträchtigen. Artikel 165 AEUV bringe – ähnlich wie Artikel 191 AEUV für den Bereich des Umweltschutzes – eine positive Grundhaltung des Primärrechts gegenüber solchen Beihilfen zum Ausdruck. Der gemeinnützige Rechtsträger bleibe auch dann, wenn er hauptamtliche Kräfte beschäftige, „von der Zivilgesellschaft getragen und zielt nicht auf die Erzielung von Gewinnen, sondern auf die Förderung des Breitensportes, der Jugendarbeit und des ehrenamtlichen Engagements für die Gemeinschaft“.

9. Keine unternehmerische Betätigung auf dem „inneren Markt“

Ausgehend von der Entscheidung zu den Community Amateur Sports Clubs (CASC) ist zunächst bemerkenswert, dass die Kommission ein Leistungsverhältnis zwischen den Clubs und seinen Mitgliedern nicht in den Blick nimmt und insofern das unzweifelhaft anzunehmende Wettbewerbsverhältnis zwischen den CASCs und den auf Gewinnerzielung gerichteten – nach deutschen Kategorien: gewerblichen Clubs – keine Rolle spielt. Damit wird die Tendenz fortgesetzt, die sich bereits in der Entscheidung der Kommission zu den Kletterhallen des Alpenvereins und zur Sportförderung in Tschechien manifestiert hat. Ansonsten ist bei einem Vergleich mit der deutschen Rechtslage zu berücksichtigen, dass die von der Kommission als „Hilfs-Geschäftstätigkeit“ („*trading subsidiary*“, wohl i.S. von „unterstützend“) bezeichneten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe in Deutschland ohnehin regulär besteuert werden (§ 64 Abs. 1 i.V. mit § 14 AO) und auch keine steuerbegünstigten Zweckbetriebe (§ 65 AO) sind. Zwar kennt auch das deutsche Steuerrecht für die Besteuerung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe eine an die Bruttoeinnahmen geknüpfte Freigrenze von 35.000 Euro (also: wie im Vereinigten Königreich volle Besteuerung bei Überschreiten des gesetzlichen Betrages). Diese Freigrenze dient der Vereinfachung; der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass rd. 90 v.H. der Vereine diese Grenze ohnehin nicht erreichen. § 24 KStG und § 11 GewStG sehen Freibeträge i.H. von 5.000 Euro des Einkommens vor.

Die Entscheidungspraxis der EU-Kommission lässt die deutliche Tendenz erkennen, den Amateursport aus dem Beihilferegime herauszunehmen. Der Begründungsduktus der Entscheidung zu den Kletterhallen spricht dafür, dass die Überlassung von Sportanlagen im Verhältnis des Vereins zu den Mitgliedern, sofern keine sonstigen „gewerblichen“ Leistungen erbracht werden, nicht der Beihilfeaufsicht unterliegen soll. Die Kletterhallen-Entscheidung oszilliert zwischen einer Betrachtung des DAV mit seinen gesamten gewerblichen Betrieben als Gruppe und der Anlage des DAV Sektion Berlin. Die Aussage in Rdnr. 63 zur Tatbestandsmäßigkeit als Beihilfe bezieht sich eindeutig auf die der DAV-Gruppe zukommenden Vorteile. Weiter heißt es: Werden die Vergünstigungen durch „ausschließlich auf Ortsebene tätige“ Sportvereine in Anspruch genommen, liege keine Beihilfe vor, „wenn die Begünstigten

keinen gewerblichen Tätigkeiten nachgehen oder es keine Auswirkungen auf Wettbewerb oder Handel gibt.“ Dies kann nur dahin verstanden werden, dass das ideelle „Kerngeschäft“ des Vereins – also auch die Nutzungsüberlassung an die Mitglieder gegen Beitragszahlung – abweichend von der umsatzsteuerlichen Betrachtung nicht „gewerblich“ und damit – sinngemäß – nicht i.S. des Beihilferechts „unternehmerisch“ ist. Die Qualifizierung als Beihilfe wird in Rdnr. 63 ausdrücklich auf die DAV-Gruppe, „die zudem auch anderweitig gewerblich tätig ist“, bezogen.

Diese Einschätzung wird bestätigt durch die Begründungserwägung Nr. 74 zur AVGO:

„Im Sportsektor stellen einige Maßnahmen der Mitgliedstaaten möglicherweise keine staatlichen Beihilfen dar, etwa weil der Begünstigte keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten vorliegen. Dies könnte unter bestimmten Umständen bei Beihilfemaßnahmen der Fall sein, die einen rein lokalen Charakter haben oder (!) im Bereich des Amateursports gewährt werden. .“

10. Entscheidung der EU-Kommission v. 19.12.2012 zur Befreiung von der kommunalen Immobiliensteuer (ICI / IMU) und der Einkommensteuer (TUIR) in Italien

a. Imposta comunale sugli immobili – ICI

Der Beschluss der EU-Kommission v. 19.12.2012⁵²⁸ erging zum einen zu der in Italien im Jahre 1992 eingeführten Regelung über die Befreiung von der kommunalen Immobiliensteuer (*imposta comunale sugli immobili* – ICI) für Immobilien (der deutschen Grundsteuer vergleichbar), die von nichtgewerblichen Einrichtungen ausschließlich für Tätigkeiten in den Bereichen Sozialfürsorge, Gemeinwohl, Gesundheit, Kultur, Bildung, Erholung, Wohnungswesen, Sport und Religion genutzt werden. Zu den begünstigten Einrichtungen zählen Vereine, Stiftungen, Komitees, Nichtregierungsorganisationen, Amateursportvereine, Freiwilligendienstorganisationen, Einrichtungen, die zu Steuerzwecken als gemeinnützige Organisationen („ONLUS“) eingestuft werden, ferner

bestimmte kirchliche Einrichtungen. Die ICI wurde mit Wirkung ab dem 01.02.2012 durch die *Imposta Municipale Propria* (IMU; hierzu nachfolgend unter c.) ersetzt. Die Immobilien mussten „von nichtgewerblichen Einrichtungen“ – „ONLUS“ – und für bestimmte Tätigkeiten genutzt werden, d.h. „um soziale Bedürfnisse zu befriedigen, die nicht immer durch öffentliche Strukturen oder private kommerzielle Anbieter gestillt werden“.

Das Konzept der „nichtgewerblichen Basis“ ist in einer Ministerialverordnung v. 19.11.2012 geregelt. Die institutionellen Tätigkeiten werden als auf einer nichtgewerblichen Basis erbracht angesehen, wenn sie:

- a. keinen Gewinn machen;
- b. die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts einhalten; aufgrund ihrer Natur nicht im Wettbewerb mit anderen Marktteilnehmern stehen, die Gewinn machen; und
- c. die Grundsätze der Solidarität und Subsidiarität umsetzen.

Besagte Verordnung erachtet die begünstigten Organisationen als „Unternehmen“ im Rechtssinne, soweit sie „wirtschaftliche Tätigkeiten“ ausüben, ungeachtet des sozialen Zwecks.⁵²⁹ Die Kommission führt hierzu aus:

„Um die nichtwirtschaftliche Natur einer Tätigkeit nach der Rechtsprechung der Union festzustellen, müssen die Natur, die Zielsetzungen und die Vorschriften geprüft werden, die diese Tätigkeit regeln. Die Tatsache, dass einige Tätigkeiten als ‚sozial‘ eingestuft werden können, reicht nicht aus, um ihre wirtschaftliche Natur auszuschließen. Der Gerichtshof hat aber auch anerkannt, dass bestimmte Tätigkeiten mit einer rein sozialen Funktion als nichtwirtschaftlich anerkannt werden können, insbesondere in Sektoren, die eng mit den grundlegenden Aufgaben und Verantwortungen des Staats verbunden sind.“

Zu den Sportvereinen / -verbänden gibt es keine normativen Vorgaben. Die Kommission führt aus:

Die Begünstigung sei am Maßstab des allgemein geltenden steuerlichen Referenzsystems „selektiv“; sie sei nicht „durch die Natur oder den

allgemeinen Aufbau des Systems, zu dem sie gehöre“, bzw. durch „die Logik des Steuersystems“ gerechtfertigt. Dem Vortrag der italienischen Behörden sei nicht zuzustimmen, wonach die Steuerbefreiung, die „nichtgewerblichen Einrichtungen“, die „auf örtlicher Ebene arbeiten“, gewährt werde, keine deutlichen Auswirkungen auf den Handel habe und den Wettbewerb nicht verfälsche. Es sei unerheblich, ob die beeinträchtigten Märkte lokal, regional, national oder unionsweit tätig seien. Tatsächlich sei nicht die Festlegung der substantiell und geografisch relevanten Märkte entscheidend, sondern die mögliche Beeinträchtigung des Handels innerhalb der Union. Weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens schließe von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus. Wenn ein Mitgliedstaat einem Unternehmen eine Beihilfe gewähre, könne das dazu führen, dass die Tätigkeit dieses Unternehmens auf dem innerstaatlichen Markt aufrechterhalten oder verstärkt werde, so dass für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten die Chancen vermindert würden, Fuß auf dem Markt dieses Mitgliedstaates zu fassen.

Die EU-Kommission hat die ICI-Steuerbefreiung als „neue Beihilfe“ eingestuft.⁵³⁰ Eine Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV sei nicht festzustellen. Die Kommission habe jedoch keine sachlichen Auskünfte erhalten, die ihr die Bewertung ermöglichen, ob die fragliche Steuerbefreiung im Zusammenhang mit besonderen Investitionen oder Vorhaben stehe, die gemäß den Vorschriften und Leitlinien der EU beihilfeberechtigt seien. Hierzu führt die Kommission aus:

„Insbesondere angesichts der Art des Vorteils, der einfach mit der Höhe der Steuerpflicht für Immobilienbesitz verknüpft ist, kann nicht festgestellt werden, dass es notwendig und angemessen ist, das Ziel des allgemeinen Interesses in jedem Einzelfall zu verwirklichen.“

Zwar habe sie, die Kommission, im Eröffnungsbeschluss nicht ausgeschlossen, dass einige der begünstigten Tätigkeiten gemäß dem italienischen Recht als Dienstleistungen allgemeinen wirtschaftlichen Interesses (Art. 106 Abs. 2 AEUV) i.S. der Altmark-Trans-Rechtsprechung eingestuft werden könnten. Hierzu sei indes nichts

vorgetragen worden. Es müsse daher festgestellt werden, ob die Beihilfe in jedem einzelnen Fall notwendig und angemessen ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen oder bei der Ausübung von Dienstleistungen allgemeinen wirtschaftlichen Interesses verursachten Kosten zu decken.

b. Testo Unico delle Imposte sui Redditi - „TUIR“

Ferner befasst sich die EU-Kommission mit einer Begünstigung bei der Steuer für „nichtgewerbliche Einrichtungen“ (*Testo Unico delle Imposte sui Redditi* - „TUIR“). Art. 149 Abs. 1 TUIR legt fest, dass eine nichtgewerbliche Einrichtung ihren Status verliert, wenn sie in einem gesamten Besteuerungszeitraum überwiegend gewerblichen Tätigkeiten nachgeht. Art. 149 Abs. 2 TUIR definiert den „gewerblichen Status“ einer Einrichtung nach einem bestimmten Verhältnis zwischen Einkünften aus gewerblichen Tätigkeiten und solchen „aus institutionellem Vermögen“. Art. 149 Abs. 1 und 2 TUIR finde keine Anwendung auf nichtkirchliche Einrichtungen und auf Amateursportvereine. Die italienischen Behörden haben betont, dass die Begünstigung darauf abzielt, die ausschließliche Zuständigkeit des CONI (Italienisches Nationales Olympisches Komitee) für die Amateursportverbände aufrecht zu erhalten. Das CONI sei die einzige Einrichtung, die kontrollieren könne, dass die Vereine auch tatsächlich Tätigkeiten im Bereich des Sports ausübten (!). Es sei nachgewiesen, dass die zuständigen Behörden ihre Kontrollbefugnisse ausübten und dass Amateursportvereine ihren nichtgewerblichen Status verlieren könnten, wenn sie primär gewerbliche Tätigkeiten ausübten.

Die Kommission gelangt zu der – überraschenden und nicht näher begründeten – Schlussfolgerung, dass Artikel 149 Abs. 4 TUIR kirchlichen Einrichtungen und Amateursportvereinen keinen selektiven Vorteil verschafft. Folglich stellt die Maßnahme keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 des Vertrags dar.

Der Umstand, dass Amateursportvereine ihren Mitgliedern Leistungen gegen Entgelt erbringen, wird nicht thematisiert.

c. Die Imposta Municipale Propria („IMU“)

Bei dieser Steuer handelt es sich um eine Nachfolgeregelung zur ICI. Hiernach sind die Immobilien im Besitz nichtgewerblicher Einrichtungen nur dann steuerbefreit, „wenn die dort aufgeführten Tätigkeiten auf einer nichtgewerblichen Basis ausgeübt werden“. Die Verordnung definiert die allgemeinen subjektiven Voraussetzungen, die in den Satzungen oder den Statuten von nichtgewerblichen Einrichtungen enthalten sein müssen, damit ihre Tätigkeiten auf einer nichtgewerblichen Basis ausgeübt werden, wie folgt:

- a. *Verbot, selbst indirekt, Gewinne irgendeiner Art, Betriebsüberschüsse, Fonds, Rücklagen oder Kapital während der Lebensdauer der Einrichtung auszuschütten, sofern dies nicht gesetzlich vorgeschrieben ist oder zugunsten von Einrichtungen erfolgt, die derselben Struktur angehören und dieselbe Tätigkeit ausüben;*
- b. *jeder Gewinn und Betriebsüberschuss muss ausschließlich in Entwicklungstätigkeiten reinvestiert werden, die zum institutionellen Ziel der sozialen Solidarität beitragen; und*
- c. *wenn die nichtgewerbliche Einrichtung abgewickelt wird, müssen ihre Vermögenswerte einer anderen nichtgewerblichen Einrichtung übertragen werden, die eine ähnliche Tätigkeit ausübt, sofern das Gesetz nichts anderes vorschreibt.*

Insbesondere in Bezug auf Tätigkeiten in den Bereichen Wohnungswesen, Kultur, Erholung und Sport legt die Verordnung Voraussetzungen fest, unter denen diese auf einer nichtgewerblichen Basis ausgeübt werden. Wenn die Tätigkeiten nicht vom Staat akkreditiert sind und nicht unter einem Vertrag oder einer Vereinbarung ausgeübt werden, müssen sie kostenlos oder gegen eine symbolische Gebühr bereitgestellt werden, die auf keinen Fall die Hälfte des Durchschnittspreises für ähnliche Tätigkeiten übersteigen darf. Mit Blick auf den Sport erachtet es die Kommission für wesentlich, dass gesetzlich festgelegt ist, dass die betroffenen Einrichtungen gemeinnützige Sportorganisationen sein müssen, die nationalen Sportverbänden oder Einrichtungen im Bereich der Sportförderung im Sinne von Artikel 90 des Gesetzes Nr. 289/2002 angegliedert sind.

Die Kommission zieht hieraus die Schlussfolgerung, dass die fraglichen Tätigkeiten insgesamt nichtwirtschaftlicher Art sind, sodass die

nichtgewerblichen Einrichtungen keine Unternehmen i.S. des Gemeinschaftsrechts sind.

11. Entscheidung der EU-Kommission v. 20.03.2013 – Multifunktionsarena der Stadt Jena

Die Entscheidung der Kommission v. 20.03.2013⁵³¹ befasst sich mit der Multifunktionsarena der Stadt Jena. Das Stadion von 1924, das dringend grundlegend renoviert werden musste, sollte von einem reinen Sportstadion in eine Multifunktionsarena umgewandelt werden, die vor allem für Fußballspiele, Leichtathletikwettkämpfe und Breitensportveranstaltungen, aber auch für andere Veranstaltungen wie Konzerte genutzt werden sollte. Auch sollen dort Firmenveranstaltungen und Kongresse für Unternehmen und sonstige Nutzer in der Region abgehalten werden. Die Stadt ist Eigentümerin des Stadions und wird – zusammen mit dem Freistaat Thüringen – den Umbau organisieren und finanzieren. Die Vermietung der Stadioninfrastruktur kann überdies eine Beihilfe für die Nutzer umfassen, wenn es sich bei diesen um Unternehmen handelt und die von ihnen gezahlte Miete unter dem Marktpreis liegt. Nichtprofessionelle Nutzer sind nicht als Unternehmen im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AUEV anzusehen. Die EU-Kommission stützt ihre Entscheidung auf Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV; hierzu führt sie aus:

„Mit der öffentlichen Finanzierung des Baus und des Betriebs der Multifunktionsarena der Stadt Jena werden somit anerkannte öffentliche politische Ziele verfolgt. Ferner ist die öffentliche Finanzierung erforderlich und beeinträchtigt den Handel und den Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten nicht in einem Umfang, der dem gemeinsamen Interesse im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV zuwiderläuft.“

12. Entscheidung der EU-Kommission v. 20.03.2013 – Multifunktionsarena der Stadt Erfurt

Im gleichen Sinne lautet die Entscheidung der EU-Kommission v. 20.03.2013⁵³² zur Multifunktionsarena der Stadt Erfurt. Die Kommission stellt zunächst darauf ab, dass sich die Vergünstigung für die

Betreibergesellschaft daraus ergebe, dass die Pacht nicht die vollen Kosten für die Errichtung der Infrastruktur umfasse, die die Betreibergesellschaft für ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten nutzt. Auch ein Vorteil für die Nutzer lasse sich nicht ausschließen, weil Erklärungen zur Berechnung der Gebühr fehlten. Gleichwohl ist die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar:

„Die öffentliche Finanzierung des Stadionumbaus mit dem Ziel, es teilweise für kommerzielle Zwecke zu nutzen, kann mit dem Binnenmarkt nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV vereinbar sein, wenn ein politisches Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt wird und die öffentliche Finanzierung erforderlich und verhältnismäßig ist und keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung verursacht.“

13. Entscheidungen der EU-Kommission v. 02.05.2013 und v. 15.05.2013 Multifunktionsarena Kopenhagen und Upsala

Die Entscheidung der EU-Kommission v. 15.05.2013, SA.33728⁵³³ ist ergangen zur staatlichen Beihilfe, die Dänemark zur Finanzierung einer neuen Multifunktionsarena in Kopenhagen gewähren will. Nachfolgend soll exemplarisch der Argumentationsduktus der EU-Kommission belegt werden.

„(48) Die Multifunktionsarena ist für vielfältige Veranstaltungen (Musik, Kultur, Sport) auf hohem internationalem Niveau vorgesehen. Da auf dem Veranstaltungsmarkt für derartige internationale Ereignisse Anbieter von Veranstaltungsstätten und Veranstalter offen miteinander konkurrieren, ist davon auszugehen, dass sich der Betrieb der neuen Arena auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken wird, vor allem in Anbetracht ihres Standortes (in unmittelbarer Nähe zu dem per Auto oder Zug schnell zu erreichenden Südschweden) und der Tatsache, dass weitere Arenen sowohl in Kopenhagen als auch in nahegelegenen Städten (auch in anderen Mitgliedstaaten) vorhanden sind.“

(51) Hinsichtlich der Erreichung eines politischen Ziels von allgemeinem Interesse wird festgestellt, dass der Bau von Anlagen für sportliche und andere öffentliche Veranstaltungen und die Unterstützung verschiedener Aktivitäten, die der Öffentlichkeit zugutekommen, als staatliche Aufgabe

angesehen werden können, insbesondere im Sinne der dem Amsterdamer Vertrag beigefügten Erklärung zur Bedeutung des Sports und nach Artikel 165 AEUV...

(53) Die Öffentlichkeit erhält durch die neue Arena, insbesondere dank ihrer Multifunktionalität, einen besseren Zugang zu Sport und Kultur, zumal Kapazitäten und/oder andere adäquate Einrichtungen für Sport- und Kulturveranstaltungen in Kopenhagen fehlen. Insofern nimmt die Stadt Kopenhagen, indem sie das Arena-Projekt ermöglicht und dadurch weitere kulturelle, musikalische und sportliche Veranstaltungen in die Stadt holt, ihre Aufgabe gegenüber der Öffentlichkeit wahr. Daher ist davon auszugehen, dass mit der Realisierung der Arena politische Ziele von allgemeinem Interesse verwirklicht werden.

(78) Der Beitrag des Staates zum Bau der Multifunktionsarena in Kopenhagen stellt eine staatliche Beihilfe für die Arenagesellschaft und möglicherweise auch für den Betreiber und die Nutzer der Multifunktionsarena dar. Die öffentliche Kofinanzierung der Multifunktionsarena ist sowohl erforderlich als auch angemessen für die Realisierung des Projekts. Sie steht allen unter nichtdiskriminierenden Bedingungen ohne Bevorzugung einzelner Unternehmen hinreichend offen. Das Ergebnis der Ausgewogenheitsprüfung ist somit positiv.

(79) Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass die Finanzierung der Multifunktionsarena nach Artikel 107 Absatz 3 Buchstabe c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.“

Zu demselben Ergebnis kommt die Entscheidung der EU-Kommission v. 02.05.2013⁵³⁴ zur Multifunktionsanlage Upsala (Schweden):

„(62) The municipality’s grant for the construction of the arena constitutes state aid to the Property Company, and possibly to the Events Company and the users of the arena. The public co-financing of the Upsala arena has been demonstrated to be both necessary and proportionate to realise the project, as well as sufficiently open to all on non-discriminatory terms without favouring any specific undertaking(s). The outcome of the balancing test is positive.“

Es wurde nachgewiesen, dass die Kofinanzierung der Arena in Upsala durch die öffentliche Hand erforderlich und angemessen war und dass

hinreichend sichergestellt war, dass alle Interessenten die Arena zu diskriminierungsfreien Bedingungen nutzen konnten, ohne dass ein bestimmtes Unternehmen/bestimmte Unternehmen bevorzugt worden wäre. Die „Abwägung aller Umstände“ hatte ein positives Ergebnis erbracht. Die Kommission stellte daher fest, dass das Vorhaben „Upsala Arena“ nach Artikel 107 Absatz 3 Buchst. c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist.

14. Beschluss der EU Kommission v. 02.10.2013 - Fußballstadion Chemnitz

a. Sachverhalt

Im Prüfverfahren „Staatliche Beihilfe SA.36105 (2013/N) – Deutschland“⁵³⁵ hatte die Bundesrepublik Deutschland den von der Stadt Chemnitz geplanten Ausbau und die Renovierung ihres Fußballstadions unter Verwendung öffentlicher Mittel (25 Mio. Euro) bei der Kommission angemeldet. Der Umbau des Stadions war erforderlich geworden, weil der Hauptnutzer, der örtliche Fußballclub „Chemnitzer FC“ (CFC) in die 3. Liga aufgestiegen war und das Heimstadion den Anforderungen des Deutschen Fußballbunds (DFB) an Stadien für den Spielbetrieb in der 2. und 3. Liga nicht mehr genügte. In der 3. Liga (und in den höheren Ligen) spielen ausschließlich Profispieler. Die Stadt Chemnitz beabsichtigte, das umgebaute Stadion an den CFC zu verpachten. Der Pachtvertrag lässt an 5 Tagen in der Woche Raum für die Nutzung des Stadions durch Dritte. Daher soll es zwischen der Stadt Chemnitz und dem CFC eine Vereinbarung über gemeinwohlorientierte Nutzungen geben, und zwar hinsichtlich der Aktivitäten des Breitensports: in erster Linie im Jugendbereich, Fußballspiele von Amateurvereinen und die Nutzung für den Schulsport. Eingeschlossen sind jede Art nicht gewerblicher Veranstaltungen und Seminare im VIP- und Presseraum des Stadions. Deutschland belegt, dass der vom CFC zu entrichtende Pachtzins mit dem von anderen Drittligacclubs zu zahlenden Pachtzins vergleichbar ist.

b. Die Entscheidung der Kommission

Die Kommission hat beschlossen, keine Einwände gegen die Maßnahme zu erheben, weil die Beihilfe für den Bau und die Nutzung des Stadions der Stadt Chemnitz durch den CFC nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Mit der staatlichen Finanzierung des Umbaus und Betriebs des Stadions werden anerkannte Ziele von allgemeinem Interesse verfolgt. Diese Finanzierung ist erforderlich und angemessen und beeinträchtigt den Handel und

Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten nicht in einem Maße, das dem gemeinsamen Interesse im Sinne des Artikels 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV zuwider laufen würde. Die Kommission begründet dies wie folgt:

Nach der Rechtsprechung des EuGH⁵³⁶ ist die Finanzierung des Baus einer Infrastruktur für gewerbliche Tätigkeiten eine Beihilfe. Der Markt für Berufssport sei durch starken Wettbewerb und erhebliche private und gewerbliche Investitionen gekennzeichnet. Der Betrieb eines großen Fußballstadions könne zumindest teilweise eine wirtschaftliche Tätigkeit i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen, ebenso wie die professionelle Fußballaktivität des CFC. Die öffentliche Förderung für den Betreiber ist eine Beihilfe. Dies begründet die Kommission wie folgt:

„Sport fällt insofern unter das EU-Recht und die Wettbewerbsvorschriften, als er eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn eine Sportart die Form einer Erwerbstätigkeit oder der Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt annimmt, wie dies beim Profifußball der Fall ist.“⁵³⁷ Angesichts der vielen Märkte, auf denen Profifußballvereine tätig sind (Teilnahme an Turnieren, Verkauf von Eintrittskarten und Ausstrahlungsrechten, Spielertransfers, Sponsoring, Merchandising- und Werbevereinbarungen u. a.), ist es sehr wahrscheinlich, dass Maßnahmen, die Profifußballvereinen einen Vorteil verschaffen, auch eine wirtschaftliche Tätigkeit unterstützen.“

Das Vorbringen des CFC, die wirtschaftliche Tätigkeit habe nur regionale Bedeutung, hat die EU-Kommission nicht akzeptiert. Es gebe eine – wenn auch begrenzte – Zahl von Spieler transfers zwischen Mitgliedstaaten. Indem eine Beihilfe den Cashflow eines Clubs verbessere, ermögliche sie es ihm, internationale Spieler, um die europäischen Vereine konkurrieren, für sich zu gewinnen. Auch unterliege der Markt für die Ausrichtung von Sportereignissen und anderen Arten öffentlicher Veranstaltungen dem Wettbewerb zwischen Anbietern von Veranstaltungsorten und Ausrichtern von Veranstaltungen, die teilweise in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind oder internationalen Konzernen angehören. Folglich könne die in Rede stehende Maßnahme Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb im Binnenmarkt haben.

Die EU-Kommission stellt fest: „Der Bau von Einrichtungen für Sport- und sonstige öffentliche Veranstaltungen sowie die Unterstützung

verschiedener Arten von Tätigkeiten, die der Allgemeinheit zugutekommen“, kann als eine Aufgabe des Staates gegenüber der Allgemeinheit und damit (!) als Ziel von gemeinsamem Interesse (!) i.S. des Art. 107 Abs. 3 Buchst c AEUV gesehen werden. Die Kommission hebt die Bedeutung des Sports in Europa hervor und bezieht sich u.a. auf die Amsterdamer Erklärung zum Sport und auf Art. 165 AEUV. Durch den Pachtvertrag werde sichergestellt, dass Amateure, in erster Linie Fußballspieler der Jugendklassen, Zugang zum Stadion hätten und kulturelle Veranstaltungen durchgeführt werden könnten, was in den typischen Aufgabenbereich einer Gemeinde falle. Die Finanzierung sei in Anbetracht der Tatsache gerechtfertigt, dass es ansonsten in der Region keine vergleichbare Infrastruktur gebe. Auch sei die staatliche Finanzierung des Stadions angemessen. Durch die Vertragsgestaltung werde sichergestellt, dass mehrere unterschiedliche Nutzer und Wirtschaftszweige von der geförderten Sportinfrastruktur profitierten. Es sei „unwahrscheinlich, dass der Betrieb des Stadions eine starke grenzübergreifende Wirkung zeitige“, wie dies z. B. bei Arenen, die für kommerzielle Veranstaltungen (insbesondere im Musik- und Sportbereich) auf internationaler Ebene geplant würden, der Fall sei.

15. EU-Kommission v. 19.06.2013 – Veranstalter von Pferderennen

Nach der Liberalisierung von Online-Glücks- und Gewinnspielen hatte Frankreich eine steuerähnliche Abgabe auf Online-Pferdewetteinsätze zur Unterstützung des Pferdesports beschlossen, um die wirtschaftliche Destabilisierung dieses Bereichs als Folge der Marktöffnung zu vermeiden. Mit dieser Abgabe sollten den Pferderennveranstaltern übertragene Gemeinwohlaufgaben

- Veredelung von Pferderassen,
- Förderung der Pferdezucht,
- Ausbildung im Bereich Pferderennen und Pferdezucht,
- Entwicklung des ländlichen Raums

als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ finanziert werden. Alle Kosten für den von Frankreich in seiner Anmeldung beschriebenen öffentlichen Versorgungsauftrag wären durch die Einnahmen der Pferderennveranstalter aus Online-Wetten übers Internet

bei der PMU, Wettgeschäften vor Ort in den „*Pari Mutuel Urbain*“ (PMU)-Annahmestellen, Wettannahmen in den Pferderennbahnen und durch weitere Eigenmittel der Pferderennveranstalter (wie Eintrittsgebühren zu den Pferderennbahnen) vollständig gedeckt. Im Verlaufe des Prüfungsverfahrens hat Frankreich sein Vorbringen dahin geändert, dass es um eine Beihilfe für einen Wirtschaftszweig – den Pferdesportbereich – geht, die aufgrund des gemeinsamen Interesses des PMU-Verbundes und der anderen Anbieter von Online-Pferdewetten an der Veranstaltung von Pferderennen, auf welche die Wetten angenommen werden, eingeführt wird.

Nach Auffassung der Kommission in ihrer Entscheidung vom 19.06.2013⁵³⁸ liegt eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 107 Absatz 1 AEUV vor. Es gehe um eine Beihilfe für den Pferdesportbereich, die allen der Abgabe unterliegenden Anbietern von Online-Pferdewetten zugutekomme. Zu einer möglichen Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt sei ungeklärt, ob die mit der Abgabe finanzierten Kosten dem Gemeinwohl dienen. Allerdings könne die angemeldete Maßnahme als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden und zwar im Sinne der Ausnahmeregelung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV.

Um letztere Frage zu klären, wägt die Kommission die positiven Auswirkungen der Maßnahme – die Verwirklichung eines Ziels von gemeinsamem Interesse – und etwaige negative Nebeneffekte in Gestalt von Handels- und Wettbewerbsverzerrungen gegeneinander ab; dieses Verfahren der Abwägung wird im Beschluss der Kommission ausführlich dargestellt. Die Durchführung der Beihilfe wird letztlich als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen. Durch eine faire Aufteilung der Finanzierungslast für Pferderennen, auf die Wetten abgeschlossen würden, zwischen den verschiedenen Anbietern für Online-Pferdewetten ermögliche die Maßnahme einen fairen Wettbewerb zwischen diesen Anbietern auf dem liberalisierten neuen Markt für Online-Pferdewetten. Die Maßnahme trage zur angestrebten Liberalisierung des Online-Spielesektors nach dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der EU bei, der in Artikel 56 AEUV verankert sei. Die sinnvolle Entwicklung der Zucht von Equiden und der Pferdehaltung stelle ein Ziel von allgemeinem Interesse dar.

„In den Erwägungsgründen der Richtlinie 90/428/EWG des Rates vom 26.06.1990 über den Handel mit Sportpferden und zur Festlegung der Bedingungen für die Teilnahme an pferdesportlichen Veranstaltungen erkennt der Rat das Interesse an ‚eine[r] sinnvolle[n] Entwicklung der Zucht von Equiden‘ an und erinnert daran, dass ‚die Zucht von Pferden, insbesondere von Sportpferden, im allgemeinen ein Teilbereich der landwirtschaftlichen Tätigkeit [ist und] einem Teil der landwirtschaftlichen Bevölkerung als Einkommensquelle‘ dient.“

Die Maßnahme sei ein geeignetes und verhältnismäßiges Mittel. Die Gefahr, dass sie den französischen Pferderennveranstaltern unverhältnismäßig große Vorteile verschaffe, sei nicht gegeben. Die Kommission hat daher die Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen.

16. EU-Kommission v. 20.11.2013 - Fußballstadien in Flandern

Die EU-Kommission⁵³⁹ hat mit Beschl. v. 20.11.2013 zu multifunktionellen Fußballstadien in Flandern und Brüssel entschieden, gegen die beabsichtigte Renovierung der Stadien, die als „marode“ beschrieben werden, keine Einwände zu erheben, weil die diesbezügliche staatliche Beihilfe an die Eigentümer in dem beschriebenen Umfang mit Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV vereinbar sei. Die Stadien sollen von Fußballvereinen der Ersten und Zweiten Liga verwendet werden. Es gehe hier letztlich darum, dass im Interesse des Sports eine marode Infrastruktur aufgebessert werde. Die Eigentümer der Stadien müssen nachweisen, dass das neue oder sanierte Stadion die UEFA-Kriterien erfüllt und dass es einen Beitrag zu weiter gefassten gesellschaftlichen Zielen leistet, insbesondere einer größeren Zielgruppe zur Verfügung steht. Dazu zählen auch Initiativen zur Förderung von Fitness und Gesundheit, Bildungs- und Integrationsprojekte sowie die Organisation anderer sportlicher oder kultureller Veranstaltungen. Fußballvereine und andere professionelle Nutzer des Stadions müssen auf der Grundlage einer Benchmark angemessene Preise für die Nutzung der geförderten Infrastruktur zahlen. Die Fußballstadien müssen multifunktional sein. Es werden eingehende Überwachungs- und Kontrollmechanismen eingerichtet, um die ordnungsgemäße Durchführung der Regelung zu gewährleisten. Unter

Hinweis auf Art. 165 AEUV und mit Bezugnahme auf die Entscheidung zur ungarischen Sportförderung ist auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV eine positive Entscheidung ergangen.

Die Kommission stellt fest, dass es sich um Beihilfen i.S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt; diese seien auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV erlaubt:

„La mesure a pour but d’amener les clubs de football professionnels à accorder une grande place au rôle social (y compris éducatif) du football tout en rénovant les infrastructures obsolètes. L’objectif est donc de réaliser des stades de football multifonctionnels afin de s’assurer que le football professionnel en Flandre/dans la région de Bruxelles-Capitale génère un surplus social, tout en améliorant la qualité des stades utilisés pour le football professionnel

Le financement public de la construction/rénovation de stades de football dans le cadre de la mesure poursuit donc des objectifs de politique publique reconnus, „est nécessaire et proportionné et n’affecte pas les échanges et la concurrence entre États membres dans une mesure contraire à l’intérêt commun, conformément à l’article 107, paragraphe 3, point c), du TFUE.“

17. EU-Kommission v. 13.12.2013 – Eisstadion Thialf in Heerenveen

Der Beschluss der EU-Kommission⁵⁴⁰ v. 13.12.2013 betraf die Renovierung einer Eissportarena, die sich zu 100 v.H. im Eigentum der öffentlichen Hand befindet. Die Sportanlage wird von Profisportlern für Training und Wettkämpfe sowie – überwiegend – von Freizeitsportlern und für den Schulsport genutzt. Thialf ist die einzige Eissportarena in den Niederlanden, die von der Internationalen Eislauf Union für internationale Wettkämpfe lizenziert ist.

Die niederländischen Behörden haben vorgetragen, dass die Subvention mit öffentlichen Mitteln der Behebung eines Marktversagens diene. Weder der Langlauf noch das Eislaufen zu Zwecken des Freizeitsports könne zu kostendeckenden Preisen angeboten werden. Während der Eislaufsaison könne die Arena nur schwerlich für andere Veranstaltungen genutzt werden.

Die Kommission führt aus

“(46) The users of the ice arena can also be considered undertakings if they carry out economic activities. Non-professional users do not qualify as undertakings within the meaning of Article 107, but the professional users of the ice arena can be considered undertakings, as they for instance organise competitions, sell broadcasting rights, and conclude sponsoring agreements with regard to these events.”

Der Tatbestand der Beihilfe i.S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV sei erfüllt. Die öffentlichen Mittel verfälschten den Wettbewerb, weil die Betreibergesellschaft wie auch einzelne professionelle Nutzer in Wettbewerb zu anderen Unternehmen stünden. Im Hinblick auf die Veranstaltung von internationalen Wettkämpfen wirke sich die notifizierte Maßnahme auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten aus.

Die Kommission trifft eine positive Entscheidung auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV. Sie führt u.a. aus:

“(56) With regard to the achievement of a policy objective of common interest, the construction (or renovation) of venues for sport and other public events and supporting different types of activities to the benefit of the general public can be considered a State responsibility towards the general public. The Amsterdam Declaration on Sport and Article 165 TFEU both acknowledge the social significance of sport: ‘The Union shall contribute to the promotion of European sporting issues . . .’

(57) . . . The renovation of the ice arena must therefore be regarded as satisfying policy objectives of public interest.”

(58) The aid is necessary as it addresses the specific problem of under-investment in sports infrastructure. As the Dutch have argued, the exploitation of ice arenas is not possible without public support, at least in the case of stand-alone ice arenas. Compared to other sports, the typical market and public interest for ice skating are lower, resulting in lower market revenue, whereas the (maintenance) costs are high. The existing ice skating facilities have become outdated, but private investors are not willing to take up the risks associated with renovating and exploiting them. . .

(59) Moreover, the usage obligations with which the operating company

will have to comply ensure that several types of users will be able to benefit from the ice skating facilities. The renovation, with public support, of the ice arena will therefore benefit professional and amateur sports as well as the general public.

(65) The Commission therefore concludes that the public financing of the renovation of the Thialf ice arena in Heerenveen, including its spill-over effects on the operating company and professional users, pursues acknowledged public policy objectives, is necessary and proportionate and does not affect trade and competition between Member States to an extent contrary to the common interest, according to Article 107 (3) (c) TFEU.“

18. EU-Kommission v. 19.12.2013 – Skilifte in der Toskana

Der Beschluss der EU-Kommission v. 19.12.2013⁵⁴¹ sieht die Förderung von Skiliften in der Toskana im Hinblick auf die rein lokale Bedeutung der Maßnahme nicht als Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV an. Die Kommission argumentiert u.a. wie folgt:

“(15) . . . The criteria used in these decisions to identify the winter sports resorts with purely local interest or where the aid is not likely to affect trade between the Member States are identical to that invoked in the present case.

(16) Accordingly, the Commission concludes that the measure in question, being limited to winter local sports resorts, is generally not able to affect trade between the Member States and therefore does not constitute State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU.

„In the light of the foregoing assessment, the Commission considers that the measure does not constitute State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU.“

19. EU-Kommission v. 09.04.2014 – Entwicklung regionaler Stadien in Nordirland

In ihrer Entscheidung v. 09.04.2014 befasst sich die EU-Kommission mit direkten Beihilfen zur Wiederherstellung von drei alten Sportstadien in Belfast zur Nutzung für die wichtigsten regionalen Sportarten.

Hauptnutzer sind die Irish Football Association Limited (“IFA”), die Ulster Council Gaelic Athletic Association (“UCGAA”) und die Ulster Branch Irish Rugby Football Union (“UBIRFU”). Es ging um ein geplantes Fördervolumen von £ 129 Millionen. Die Stadien werden mehrheitlich von Schulen und Amateursportlern genutzt. Deren Anmietung durch Profisportler und gewerbliche Veranstalter zu marktüblichen Preisen ist nicht ausgeschlossen; insoweit führt die Nutzung zu wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben. Auch die Vermietung für Popkonzerte muss zu Marktpreisen sowie zu transparenten und diskriminierungsfreien Bedingungen erfolgen. Die Kommission stellte hierzu fest, dass eine selektive Begünstigung von Unternehmen vorliege und in der Folge eine mögliche Verzerrung des Wettbewerbs und eine Störung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten. Indes ist die öffentliche Finanzierung der Stadien gem. Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV vereinbar mit dem gemeinsamen Markt, denn sie verfolgt ein „Politikziel von allgemeinem Interesse“, sie ist notwendig und verhältnismäßig und verursacht keine unangemessene Störung des Wettbewerbs. Es gehe hier um eine staatliche Verpflichtung gegenüber der allgemeinen Öffentlichkeit.⁵⁴² Die Kommission verweist auf Art. 165 AEUV und auf die Notwendigkeit, speziell in Nordirland eine durch die Religionen gespaltene Gesellschaft zusammenzuführen. Im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der Förderung wird der Topos des Marktversagens angesprochen:

“(94) The aid is necessary and well targeted as it addresses the specific problem of underinvestment in sports infrastructure. The UK authorities have demonstrated that such infrastructure cannot be provided by market forces alone. The three stadia have not attracted sufficient private funding to deliver the reconstruction without significant public intervention. . . .

(96) The financing is also justified by the fact that such an infrastructure otherwise would be absent in the region concerned.“

20. Entscheidung der EU-Kommission v. 11.06.2014 zur Förderung von „Non-profit“-Sportanlagen in Tschechien⁵⁴³

Ein gewerbliches Unternehmen, das Sportdienstleistungen – vor allem die Vermietung von Sportanlagen (Tennis-, Squash-, Volleyballplätze) und

Zusatzleistungen – im Bereich des Freizeitsports anbietet, hatte sich bei der EU-Kommission über die staatliche und kommunale Förderung des Baus, des Betriebs, der Unterhaltung, Wiederherstellung oder Entwicklung von Sportanlagen beschwert. Zuwendungsempfänger waren Non-profit-Organisationen (Vereine und Verbände – mit dem Status von *associations serving to a public interest* zur Förderung des Breiten- und Amateursports), die in erster Linie für ihre Mitglieder – Kinder, Jugendliche, junge Erwachsene – Sportdienstleistungen erbringen. Je nach Auslastung der Anlagen können diese auch von der Öffentlichkeit genutzt werden; dies sei aber, so die tschechische Regierung, nur ein Nebenzweck.

Grundlage für die Förderung sind das tschechische Sportförderungsgesetz und regierungsamtliche Förderrichtlinien („*Conception of state support to sport*“). Die Förderung ist Teil eines staatlichen Programms „*Health 21*“ und Teil einer diversifizierten staatlichen Sportförderung. Es geht um ein Fördervolumen von insgesamt 110 Mio. Euro (2013) für ca. 17 300 Sportvereine. Eine geförderte Sportanlage kann durch mehrere Non-profit-Organisationen genutzt werden; eine anderweitige Nutzung ist auf 20 v.H. der verfügbaren Zeit beschränkt. Die Förderung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe („*commercial activities*“) ist gesetzlich ausgeschlossen.

Der beschwerdeführende Konkurrent rügte eine Verfälschung des Wettbewerbs und eine Geschäftsschädigung seitens der von ihm als marktbeherrschend beschriebenen Zuwendungsempfänger. Die tschechische Regierung hatte u.a. vorgetragen, die geförderten Vereine seien die Pfeiler des Breitensports und der Talentförderung. Die Leistungen der Vereine seien nicht gewinnbringend („*profit-generating*“). Etwa erzielte Gewinne müssten für den Sport verwendet werden. Die geförderten Aktivitäten würden von gewerblichen Unternehmen ohne eigene Mitgliederbasis nicht angeboten.

Die EU-Kommission bejaht den Tatbestand der Beihilfe i.S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV. Sie geht davon aus, dass die Tschechische Sport-Union und ihre regionalen und örtlichen Clubs insgesamt als Gruppe unter Berücksichtigung weiterer Geschäftsbetriebe unternehmerisch tätig sind. Hierfür bezieht sie sich auf die Begründung ihrer Entscheidung zu den DAV-Kletterhallen. Sie bejaht einen selektiven Vorteil zugunsten der Zuwendungsempfänger und eine – zumindest potenzielle – Verfälschung des Wettbewerbs.

Zu einer etwa drohenden Beeinträchtigung des Handels in der EU führt die Kommission aus, die begünstigten Organisationen würden im Wesentlichen nur örtlich oder regional tätig. Die Förderung ermögliche den Zuwendungsempfängern nicht, mit Anbietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu konkurrieren. Das Angebot der gewerblichen Konkurrenten sei schwerpunktmäßig auf tschechisches Publikum ausgerichtet.

„There is also no significant risk of spill-overs into other markets considering the exclusion of certain purely commercial activities (accommodation, catering) from the public support and the type of beneficiaries.“

Die EU-Kommission prüfte sodann die Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV nach dem im Kletterhallen-Fall verwendeten Frageschema. Auch der Begründungsduktus ist dem jener Entscheidung ähnlich. Die Kommission hebt die Bedeutung des Art. 165 Abs. 2 AEUV hervor und kommt zu der – bemerkenswerten – Aussage über den Nutzen der Förderung für die Zivilgesellschaft:

„(71) . . . The system of support to non-profit organisations is thus a tool for improving the civic society.

(72) The support is an instrument to the achievement of objectives such as sport representation of the Czech Republic, care about youth talented in sport, common sport activity of the citizens of the Czech Republic, leisure activities of children, youth and adults, prevention of civilisation illnesses, social integration, support to voluntary activity, support to the fight against drugs and sport of disabled citizens.“

Zur Erforderlichkeit der Sportförderung einschließlich des rechtlich erforderlichen Anreizeffekts der Subvention stellt die EU-Kommission dieselben Erwägungen zu einem vorliegenden Marktversagen (*market failure*) an wie in ihrer Entscheidung zu den Kletterhallen. Sie verweist zudem auf eine lange Tradition der staatlichen Sportförderung in Tschechien.

Zur Verhältnismäßigkeit der Fördermaßnahme argumentiert die Kommission u.a., dass eine geringere Förderung den Breitensport in Frage stellen würde. Sie geht davon aus, dass der fördernde Staat und der

organisierte Sport partnerschaftlich zusammenwirken:

„The Ministry of Education, Youth and Sports of the Czech Republic („MEYS“) collaborates with the Czech Olympic Committee for the set-up of the strategy of support to sport infrastructure for ensuring the sport representation.“

Zum Aspekt der Handelsbeeinträchtigung führt sie aus:

„(85) The public support to sport is dedicated to non-profit sport organisations active in the Czech Republic. The vast majority of the supported non-profit organizations are active at municipal, regional or local level. The sport infrastructure in the Czech Republic is only occasionally used for international sports events organised by the international sport federations . . .

(86) Non-profit organisations develop their activities in their local area or region and also their advertising activities, if any, can be considered local or regional. Operators of commercial sport facilities in the Czech Republic are mostly smaller, local limited liability companies. The competitors of the sport facilities of non-profit organisations are generally limited to entities operating sport facilities in the respective municipality and the local or regional surroundings.“

Gegen die Entscheidung der EU-Kommission erhob der Beschwerdeführer beim EuG Klage,⁵⁴⁴ über die das EuG mit Urt. v. 16.05.2016 entschieden hat (hierzu unten Abschn. VII.).

Der gewerbliche Wettbewerber hatte die Klage auf die folgenden Gründe gestützt:

1. Die Kommission habe sich nicht angemessen mit allen Beweisen und ihren Erklärungen auseinandergesetzt, insbesondere ob alle Merkmale einer rechtswidrigen staatlichen Beihilfe erfüllt seien.
2. Die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV seien nicht erfüllt.
3. Schon aufgrund ihrer Rechtspersönlichkeit als Handelsgesellschaft sei sie nicht berechtigt, an Verfahren zur Gewährung von Zuschüssen durch das Ministerium für Bildung, Jugend und Sport teilzunehmen, obwohl sie faktisch auf dem gleichen Markt tätig sei wie ihre

Wettbewerber und dieselbe – auch im Hinblick auf das allgemeine/ öffentliche Interesse identische – Zielgruppe unterstütze.

21. Weitere Entscheidungen der EU-Kommission / EFTA-Überwachungsbehörde (chronologisch)

In ihrer Entscheidung v. 29.10.2003 befasste sich die EU-Kommission⁵⁴⁵ mit der Förderung zugunsten von Jachthäfen ohne Erwerbscharakter durch die Niederlande. Nach Ansicht der Kommission kann der Betrieb eines Jachthafens als reguläre Wirtschaftstätigkeit im Fremdenverkehrsgewerbe angesehen werden. Die Kommission hat letztlich eine Beihilfe i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV (jetzt: Art. 107 Abs. 1 AEUV) verneint: Dem Hafenbetreiber werde kein Vorteil gewährt; der Handel zwischen Mitgliedstaaten werde durch die Beihilfemaßnahme nicht beeinträchtigt.

Mit der Entscheidung v. 06.04.2005 kommt die EU-Kommission⁵⁴⁶ zu dem Ergebnis, dass eine an Vereine im Zusammenhang mit der Vermietung einer Sporthalle entgeltlich erbrachte Dienstleistung in den Bereichen Ausbildung, Förderung des Sportumfelds, Unterstützung von Freizeitsportaktivitäten und „City Marketing“ keine staatliche Beihilfe ist. Sie kommt zu dem Ergebnis:

„De Commissie stelt derhalve vast dat de verhuur van de sporthal aan, en de voorgenomen prestatiecontracten met de professionele clubs Basketball Omniworld Almere en Volleyball Omniworld Almere geen staatssteun vormen in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag.“

22. Zur Abgrenzung: „reine“ Proficlubs

„Reine“ Fußball-Proficlubs üben eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 107 AEUV aus. Der EuGH⁵⁴⁷ hatte sich zunächst zu professionellen / halbprofessionellen Organisationen – einem Radsportverband und einem Basketballverein – geäußert.

Die Kommission hat vor allem große spanische Clubs deswegen im Visier, weil dort der Fiskus die Steuerforderungen aus den steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben nicht eintreibt; im Jahre 2013 ging es um Steuern in Höhe von 670 Mio. Euro.⁵⁴⁸ Vier spanische Erstligavereine

sind kraft Gesetzes als gemeinnützige Einrichtungen ohne Erwerbscharakter anerkannt, obwohl sie im Wettbewerb mit anderen großen europäischen Fußballvereinen gewinnorientierte gewerbliche Tätigkeiten ausüben.⁵⁴⁹ Angesichts der „zahlreichen Märkte“, auf denen diese Clubs tätig seien (Teilnahme an Wettbewerben, Verkauf von Eintrittskarten und Ausstrahlungsrechten, Spielertransfers, Sponsoring, Merchandising- und Werbevereinbarungen) sei es sehr wahrscheinlich, dass staatliche Beihilfen geeignet sein könnten, i. S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV den Wettbewerb zu verzerren und den Handel zu beeinträchtigen. Allerdings: wenn die Tätigkeiten des Profisektors von den Jugend- oder Amateurmansschaften getrennt seien, könnten letztere mit staatlichen Mitteln gefördert werden, ohne dass dem die Art. 107 f. AEUV entgegenstünden.⁵⁵⁰ Im Profifußball bestehe die Gefahr, dass staatliche Stellen Fußballvereinen staatliche Beihilfen gewährten, die aufgrund von schlechtem Finanzmanagement in Schwierigkeiten geraten seien. Auch die UEFA sei an einem umsichtigen Finanzmanagement interessiert und habe deshalb das Financial Fairplay (FFP) eingeführt. In den meisten Fällen seien die lokalen Gebietskörperschaften direkt oder über Intermediäre Eigentümer der Stadien. Auch Investitionen in gewerblich genutzte Infrastruktur seien, wie der EuGH⁵⁵¹ in der Rs. Leipzig/Halle bestätigt habe, wirtschaftliche Tätigkeiten; die Finanzierung solcher Infrastruktur falle somit ebenfalls unter die Beihilfekontrolle.

Am 18.12.2013 hat die EU-Kommission⁵⁵² ein Prüfverfahren betreffend den Proficlub Spain Real Madrid CF und das Stadion Bernabeu eingeleitet. Die Stellungnahme der Kommission v. 18.12.2013⁵⁵³ betrifft „mögliche Beihilfen“ zugunsten dreier Fußballvereine der Region Valencia („FC Valencia“; „FC Hercules“; „FC Elche“). Sie führt aus, es sei kein gemeinsames Interesse im Sinne von Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV zu erkennen, das die selektive Unterstützung sehr starker Marktteilnehmer in einem von heftigem Wettbewerb geprägten Wirtschaftszweig rechtfertigen würde. Die Kommission kann Rettungsbeihilfen auf der Grundlage des Artikels 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV als mit dem Binnenmarkt vereinbar genehmigen, wenn diese die Kriterien der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien⁵⁵⁴ erfüllen, in denen Bestimmungen für die Förderfähigkeit von Unternehmen, die Form der Förderung, der Zinssatz und andere Voraussetzungen dargelegt sind. Die

vorstehenden Entscheidungen verneinen die Zulässigkeit von staatlichen Beihilfen.

Mit Beschl. v. 18.12.2013 hat die EU-Kommission⁵⁵⁵ ein Verfahren zur Überprüfung von Beihilfen an bestimmte spanische Fußballclubs eingeleitet. Die Kommission macht deutlich, dass hier eine Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV nicht in Betracht kommt.

Accordingly, the Commission considers at this moment that Spain grants operating aid through a preferential tax rate to the four sport clubs Real Madrid CF, Athletic Club

Bilbao, Club Atlético Osasuna (Navarra) and FC Barcelona which cannot be justified

under Article 107(3)c or any of the rules implementing this Article.

Das Prüfverfahren SA.33584 zu Beihilfen an bestimmte niederländische Profifußballvereine im Zeitraum 2008-2011⁵⁵⁶ ist eröffnet worden aufgrund zahlreicher Beschwerden über niederländische Gemeinden, die Profifußballvereinen mit finanziellen Schwierigkeiten Beihilfen gewährt haben. Sofern sich die Profifußballvereine in finanziellen Schwierigkeiten befunden hatten und die Gemeinden die Finanzprobleme der Vereine hatten lösen können, verneinte die Kommission die Anwendbarkeit der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten.⁵⁵⁷

In einem weiteren die Niederlande betreffenden Prüfverfahren hat die EU-Kommission⁵⁵⁸ am 06.03.2013 auf der Grundlage des Art. 108 Abs. 2 AEUV eine Stellungnahme eingefordert.⁵⁵⁹ Die Kommission äußerte Zweifel zur Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV (hierzu unten Abschnitt XII.). Nach ihrer Auffassung ist Art. 107 Abs. 3 Buchst. d nicht anwendbar.

„(86) The Commission also concludes that State aid in the meaning of article 107(1) TFEU was awarded to NEC in 2010, Willem II in 2009 and 2010, MVV in 2010, PSV in 2011 and to FC Den Bosch in 2011. Based on the information at its disposal, the Commission nourishes serious doubts whether the aid measures in question can be considered compatible with the internal market pursuant to Article 107(3)c in the light of Article 165 TFEU and the Community Guidelines on State aid for rescuing and

restructuring firms in difficulty.“

VI. EU-Kommission – Entscheidungen v. 29.04.2015 – „Förderung rein lokaler Vorhaben“

1. Einleitung

Sieben Entscheidungen der EU-Kommission v.29.04.2015 zur „Förderung rein lokaler Vorhaben“ waren dieser eine zusammenfassende Pressemitteilung wert.⁵⁶⁰ Die Mitteilung kündigt an: „Die Kommission gibt Orientierungshilfe zur Zulässigkeit der Gewährung lokaler staatlicher Fördermaßnahmen ohne vorherige Genehmigung der Kommission.“ Nach Einschätzung der Kommission ergänzen die Beschlüsse die Allgemeine Gruppenfreistellungs-VO 651/2014, durch welche der Anwendungsbereich der Freistellungen von der Pflicht zur vorherigen Genehmigung von Beihilfen erheblich ausgeweitet wurde. Die EU-Kommission teilt mit: „Damit wird das allgemeine Ziel verfolgt, den Verwaltungsaufwand für Behörden und Unternehmen weiter zu verringern und die Ressourcen der Kommission auf die Durchsetzung der Beihilfevorschriften in den Fällen mit der größten Auswirkung auf den Binnenmarkt zu konzentrieren.“ Die staatliche Förderung eines „Vorhabens mit rein lokalen Auswirkungen“, so heißt es, wirke sich „unter Umständen“ nicht auf den Handel innerhalb der EU aus. Dies sei der Fall, wenn der Beihilfeempfänger Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbiete und somit wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anziehe.

In der Pressemitteilung heißt es: „Damit wird das allgemeine Ziel verfolgt, den Verwaltungsaufwand für Behörden und Unternehmen weiter zu verringern und die Ressourcen der Kommission auf die Durchsetzung der Beihilfevorschriften in den Fällen mit der größten Auswirkung auf den Binnenmarkt zu konzentrieren.“ Der Sache nach wird einem Anliegen u.a. des Bundesrates Rechnung getragen, der in seinem Beschl. v. 27.05.2011⁵⁶¹ zur Mitteilung der EU-Kommission KOM(2011) 146 endg „Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ wie folgt Stellung genommen hat:

„Der Bundesrat sieht es für dringend erforderlich an, die Beihilfevorschriften für öffentliche Dienstleistungen, die von Kommunen zur Verfügung gestellt werden und nur geringe Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben, zu vereinfachen, um den Verwaltungsaufwand der Kommunen in ein angemessenes Verhältnis zu den häufig nur geringen Auswirkungen der Maßnahme auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu bringen. Der Bundesrat begrüßt daher die Ankündigung der Kommission, Möglichkeiten einer De-minimis-Regelung für Dienste, die nur geringe Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben, sowie für bestimmte Arten sozialer Dienstleistungen zu prüfen.“

Der Bundesrat hat hierzu „gefordert“, dass die Kommission dem durch Art. 4 Abs. 2 EUV erstmalig in das Vertragsrecht aufgenommenen Bekenntnis zur regionalen und lokalen Selbstverwaltung auch bei der Ausgestaltung der Beihilfevorschriften mehr Beachtung schenkt. Er weist darauf hin, dass die Vertragsparteien zutreffend davon ausgegangen sind, dass Regionen und Kommunen am besten die Situationsvielfalt in den Mitgliedstaaten kennen, für das Wohlergehen ihrer Bürgerinnen und Bürger sorgen und den sozialen Zusammenhalt fördern.

In der Pressemitteilung der EU-Kommission⁵⁶² heißt es:

„Wird . . . ein Vorhaben mit rein lokalen Auswirkungen staatlich gefördert, so wirkt sich dies unter Umständen nicht auf den Handel innerhalb der EU aus. Die wäre zum Beispiel der Fall, wenn der Beihilfeempfänger Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbietet und somit wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht. Darüber hinaus darf die Maßnahme keine – oder höchstens marginale – vorhersehbaren Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen in dem Sektor bzw. auf die Gründung von Unternehmen im EU-Binnenmarkt haben. Diese Voraussetzungen sind bei den Wettbewerbssachen, die den sieben heutigen Beschlüssen zugrunde liegen, gegeben.“

Mehr als eine rein lokale Wirkung der Beihilfe hat die EU-Kommission in den folgenden Prüffällen nicht erkennen können:

- öffentliche Krankenhäuser in Hradec Králové;⁵⁶³
- angebliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim;⁵⁶⁴

- Städtische Projektgesellschaft „Wirtschaftsbüro Kiel Gaarden“;⁵⁶⁵
- angebliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie; Landgrafen-Klinik;⁵⁶⁶
- Investitionsbeihilfe für den Hafen von Lauwersoog;⁵⁶⁷
- angebliche Beihilfe Glenmore Lodge - National Outdoor Training Centre – in Schottland;⁵⁶⁸
- angebliche Beihilfe für britische Golfclubs im Eigentum ihrer Mitglieder.⁵⁶⁹

Der Hintergrund der Entscheidungen ist der folgende: Das europäische Beihilferecht ist nicht tangiert, wenn lediglich ein lokaler Bezug vorliegt. Dieser Grundsatz wird nunmehr präzisiert. Die EU-Kommission geht davon aus, dass sie nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die tatsächliche Situation auf den betroffenen Märkten, den Marktanteil der durch die Beihilfe begünstigten Unternehmen, die Stellung der konkurrierenden Unternehmen und die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten nicht wirtschaftlich analysieren muss. Bei rechtswidrig gewährten Beihilfen ist die Kommission nicht verpflichtet, die tatsächlichen Auswirkungen darzulegen, die die jeweiligen Beihilfen auf Wettbewerb und Handel gezeigt haben. Im Anschluss hieran stellt die Kommission fest:

„Es reicht jedoch nicht aus, wenn Auswirkungen auf den Handel innerhalb der Union nur hypothetisch bestehen oder lediglich vermutet werden. Es muss auf der Grundlage der absehbaren Auswirkungen der Maßnahme festgestellt werden, warum die Maßnahme den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und warum sie geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“

Im Entwurf einer „Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV“ geht die Kommission in Rn. 196 davon aus, dass bestimmte Tätigkeiten aufgrund ihrer besonderen Merkmale rein lokale Auswirkungen haben, wenn:

- die Zuwendung nicht dazu führt, dass die betreffende Region Nachfrage oder Investitionen anzieht, und sie keine Hindernisse für die Niederlassung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten schafft;
- die Waren bzw. Dienstleistungen, die der Beihilfeempfänger anbietet, rein lokaler Art oder geografisch gesehen nur für ein begrenztes Gebiet

von Interesse sind, und

- höchstens marginale Auswirkungen auf die Märkte und für Verbraucher in benachbarten Mitgliedstaaten zu erwarten sind.

In diesem Zusammenhang nennt die Kommission unter Hinweis auf die Beispiele „Glenmore Lodge“ und „*member-owned golf clubs*“ u.a. die Fallgruppen der

- Sport- und Freizeiteinrichtungen mit überwiegend lokalem Einzugsgebiet, „die kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein dürften“;
- kulturellen Veranstaltungen und kulturelle Einrichtungen mit wirtschaftlichen Tätigkeiten, „die jedoch kaum Nutzer oder Besucher dazu veranlassen dürften, diese Angebote in anderen Mitgliedstaaten zu nutzen“. Nach Auffassung der Kommission sind beihilferelevant nur Zuwendungen an „große und renommierte Kultureinrichtungen und -veranstaltungen, für die intensiv außerhalb ihres regionalen Einzugsgebiets geworben wird“;
- von Seilbahnen und insbesondere Skiliften in Gebieten mit wenigen Einrichtungen und geringen Kapazitäten.

Die Entscheidungen sind auch für das Steuerrecht von zentraler Bedeutung. Das National Training Centre Glenmore Lodge und die *member-owned golf clubs* agieren nach britischem Recht in einem Rechtsrahmen, der im Wesentlichen mit dem deutschen Gemeinnützigkeitsrecht vergleichbar ist. Bislang waren die diesbezüglichen Signale aus Brüssel nicht eindeutig. In der Entscheidung der EU-Kommission zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins deutete sich bereits eine zurückhaltende Praxis an. Dort hat die EU-Kommission eine grenzüberschreitende Wirkung der wirtschaftlichen Tätigkeit deswegen geprüft und bejaht, weil sie alle im Inland belegenen Sportstätten zur „DAV-Gruppe“ zusammengefasst hat, „deren Filialen in ganz Deutschland Kletterzentren betreiben und die zudem auch anderweitig gewerblich tätig ist“. Sie hat ausdrücklich dahingestellt sein lassen, ob der Handel beeinträchtigt sein könnte, wenn die Würdigung nur auf der Ebene der einzelnen Kletterhallen erfolgen würde.

Die „neue“ Sicht soll nachfolgend anhand der beiden sportrelevanten Entscheidungen erläutert werden.

2. EU-Kommission v. 29.04.2015 – Glenmore Lodge Outdoor Trainingscenter

Glenmore Lodge ist ein im schottischen Hochland gelegenes „National Outdoor Training Centre“. Die Lodge gehört zur „öffentlichen Institution *Sportscotland*“. Sie bietet Qualifikationskurse für Bergführer an, ferner Lehrgänge in „*mountain skills*“, *mountain biking*, Bergwandern und Orientierung. Beschwerdeführer war ein lokales Unternehmen, das vergleichbare Leistungen anbietet. Er trug vor, dass *Glenmore Lodge* im Jahr 2010 staatliche Fördermittel in Höhe von £ 850.000 erhalten hatte, unter Berücksichtigung der Pacht für die Immobilie für lediglich £ 1. Die Einrichtung erzielte in 2010 ein Einkommen in Höhe von £ 1.235.000. Der Beschwerdeführer trug ferner vor, dass *Glenmore Lodge* u.a. Ferien und Lehrgänge in den französischen Alpen, Skitouren in Österreich, Kajakfahrten in Grönland, Abenteuer Touren in Schottland und Bergtouren in Frankreich und Italien organisiert. Es gebe, so der Beschwerdeführer, 350 Unternehmen im schottischen Markt für Abenteuer tourismus.

Das Vereinigte Königreich hat u.a. vorgetragen, dass die Nachfrage nach den Leistungen der *Glenmore Lodge* aus dem europäischen Ausland gering sei. Die Kommission verneint das Vorliegen einer Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Sie geht davon aus, dass ein solcher Effekt nicht bloß „hypothetisch oder mutmaßlich“ (*presumed*) sein darf. Es muss gesichert („*established*“) sein, dass und warum die Maßnahme den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen drohe („*based on the foreseeable effects of the measure*“) und warum sie geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu verfälschen. Diesbezüglich habe die Kommission in verschiedenen Fällen⁵⁷⁰ bestimmte Aktivitäten als solche von rein lokaler Wirkung eingestuft, wenn Nachfrager aus dem Ausland nicht angezogen werden und die Auswirkung auf die Bedingungen einer grenzüberschreitenden Investition oder die grenzüberschreitende Niederlassung „*marginal*“ ist.

Die Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass die *Glenmore Lodge* nur für den lokalen Markt tätig ist:

„(15) *In the present case, with regard to the geographical zone within which the alleged beneficiary's services compete, the Commission takes the view that the services provided cater to a local market.*“

Dies wird fallbezogen – „mit Blick auf die *certifications for coaches and trainers*“ und auf die einem allgemeinen Publikum angebotenen „*skills courses*“, die nach deutschem Verständnis Zweckbetriebe sind⁵⁷¹ – erläutert. Die Kommission referiert das für das Vereinigte Königreich typische System der autonomen Regulierung von Zertifizierungen und Anerkennungen durch die *National Governing Bodies* (NGB). Die Tätigkeit der *Glenmore Lodge* zielt ab auf den Erwerb von NGB-Qualifikationen, die für die Tätigkeit als Trainer, Ausbilder und Anführer vorausgesetzt werden.

„It is therefore in the nature of the NGB courses that they target customers who are resident in Scotland (or at most in the UK).“

Die der Allgemeinheit angebotenen „*skill courses*“ seien gegenüber den NGB-relevanten Aktivitäten auch dem Umfang nach zweitrangig und dienten der Erwirtschaftung von Mitteln für den Hauptzweck. Diesbezüglich spricht Glenmore Lodge lokale Nachfrager an, was durch Statistiken belegt werden kann.

Zur Gefahr einer Verzerrung des Wettbewerbs durch die Behinderung ausländischer Investoren fasst die Kommission zusammen:

„(21) With regard to the effect on the conditions of cross-border investments or establishment, the Commission notes that there is no positive evidence of relevant crossborder investments in the sector of courses providing outdoor sporting training for the provision of qualification courses, as well as the provision of training in mountain skills and navigation for non-coaches in Scotland. In the light of the available information submitted to the Commission, no foreign investors are based in Scotland in order to offer similar services in the same domain as the alleged beneficiary.“

Die Kommission vermag allenfalls eine marginale Wirkung der staatlichen Förderung auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten erkennen. Sie verzichtet daher auf eine Prüfung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

3. EU-Kommission v. 29.04.2015 – Golfclub im Eigentum der Mitglieder

Im Vereinigten Königreich sind bestimmte Sportvereine, die als

„Community Amateur Sport Clubs“ (CASC) eingetragen sind, teilweise von der Körperschaftsteuer befreit. In einer bei der Kommission eingegangenen Beschwerde wurde geltend gemacht, gewisse Steuervergünstigungen für *UK member-owned golf clubs* verfälschten den Wettbewerb und seien somit staatliche Beihilfen. Beanstandet wurden Befreiungen von der Körperschaftsteuer für die von CASC erzielten Gewinne aus Geschäften mit Nichtmitgliedern bis zu einem als Freigrenze ausgestalteten Betrag von 30 000 £⁵⁷² sowie für Erträge aus dem Clubvermögen im Rahmen einer Freigrenze von 20 000 £⁵⁷³. Beschwerdeführer war ein Verband von gewerblich-gewinnorientierten („*proprietary*“) Golfclubs.

Die Behörden des Vereinigten Königreichs haben im Verfahren vorgetragen, dass auch die begünstigten Clubs grundsätzlich alle Erträge aus ihren wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben regulär versteuern müssen. Nicht steuerbar sei ein Überschuss aus Mitgliedsbeiträgen; insoweit handele es sich nicht um einen Gewinn aus einer gewerblichen Tätigkeit. Die CASC seien Amateurvereine und fördern die lokale und der Allgemeinheit zugängliche Mitwirkung (*local community participation*) im Bereich des Sports, indem sie allen Bürgern unabhängig von der Leistungsstärke, von Fähigkeit, vom Alter und von den finanziellen Möglichkeiten die Mitgliedschaft ermöglichen. Sie haben nur einen geographisch begrenzten Einzugsbereich und wirtschaftlichen Radius. Auch in diesem Fall beriefen sich die britischen Behörden auf den Prüffall in der Sache Freizeitbad Dorsten.⁵⁷⁴ Es gebe keine Zweigstellen im Königreich oder in der EU. Mit ihrem wirtschaftlichen Angebot würden die CASC nur auf lokaler Ebene konkurrieren.

Die Kommission hat am 29.04.2015⁵⁷⁵ entschieden, dass die nach ihrem satzungsgemäßen Hauptzweck den Amateursport betreibenden Clubs nach ihrem Status als CASC auch aufgrund der Höhe des Mitgliederbeitrags diskriminierungsfrei der Allgemeinheit offenstehen und Sportdienstleistungen für die örtliche Gemeinschaft erbringen. Sie legt dar, dass dem Amateurstatus jeglicher Ertrag der Verwirklichung des Satzungszwecks dienen muss, insoweit ein Ausschüttungsverbot besteht und den Mitgliedern und Gästen hinsichtlich der Möglichkeit, Sport zu treiben, und des Verkaufs und der Beschaffung von Essen und Trinken nur die „gewöhnlichen Vorteile“ eines Amateurclubs geboten werden. Diese

begrenzte Zwecksetzung zeigt, dass ein CASC sich weder professionell an einem auf eine internationale Dimension ausgerichteten Wettbewerb beteiligt, noch dass er Mitglieder oder Gäste aus anderen Ländern anzieht. Die CASCs sollen nach ihrem einzigen Zweck zugunsten einer lokal begrenzten Allgemeinheit die Betätigung in einer oder mehreren Sportarten fördern. Die Vergünstigungen seien auf geringe Beträge begrenzt und kämen nicht solchen Clubs zugute, die erhebliche Einnahmen mit Spielern, die nicht Clubmitglied sind, erzielen und demzufolge im Wettbewerb mit Golfanbietern außerhalb des Vereinigten Königreichs stehen.

Hiervon ausgehend hat die Kommission⁵⁷⁶ entschieden, dass die Clubs aufgrund ihres Status als CASC Leistungen für die örtliche Gemeinschaft erbringen und dass deswegen die gewährten Steuervorteile sich nicht auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirkten und keine Beihilfen darstellten. Sie betont auch in dieser Entscheidung, dass eine Störung des Handels nicht nur hypothetisch oder mutmaßlich sein dürfe. Sie fährt u.a. fort:

„(25) In the present case, as regards the geographical zone within which the alleged beneficiary’s services compete, the Commission notes that the tax measures are very limited and benefit only CASCs which are engaged in minimal levels of economic activity with non-members. . . . It follows that the CASCs benefiting from the tax exemptions will have only a very limited commercial activity targeted at non-members.

(26) . . . The alleged beneficiaries, are local unions of members who come together for the non-commercial purpose of providing themselves with the facilities to play golf or for other recreational purposes and cater essentially to local customers, i.e. members and visitors.

(27) Furthermore, the Commission notes that the CASC rules only permit limited trading, meaning that any golf club which runs an operation on a scale capable of attracting visitors from an international market would be subject to the normal regime of corporation taxation, and this on the full amount of its profits. The normal rules of taxation will apply to the trading subsidiary. Therefore, a clear distinction should be made between CASCs which provide amateur sporting facilities for the local community and clubs which attract visitors from a national and international market and

are subject to normal taxation. . . .

(29) As regards the effect on the conditions of cross-border investments or establishment, the Commission notes, as aforementioned, that the tax exemptions apply only to small local golf clubs with very limited commercial activities and which are subject to restrictions (to qualify as CASC) which makes them unsuited to attract customers from abroad on a meaningful scale. Therefore, it is reasonably foreseeable that the measures covered by the complaint would have less than, at most, a marginal impact on other operators decisions in terms of cross-border investment or establishment.“

Die Kommission verneint den Tatbestand einer Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV, ohne die weiteren Voraussetzungen prüfen zu müssen.

„Nur der Vollständigkeit halber“ prüft die Kommission die Anwendbarkeit der im Jahre 2014 erlassenen Gruppenfreistellungs-VO (unten Abschn. XI).⁵⁷⁷ Die geprüften Vergünstigungen dienten dem Betrieb von Sportinfrastruktur, die ausschließlich Amateursportlern transparent und nichtdiskriminierend zur Nutzung überlassen werde. Insoweit sei Art. 55 Abs. 12 der Richtlinie 651/2014⁵⁷⁸ anwendbar. Darüber hinaus liege das Fördervolumen unterhalb der in Art. 4 Abs. 1 Buchst. bb der Richtlinie 651/2014⁵⁷⁹ normierten Grenze für Betriebsbeihilfen für Sportinfrastrukturen (2 Mio. EUR pro Infrastruktur und Jahr). Die Kommission schließt wie folgt:

„Thus the measures examined would in any case come within the scope of the GBER, in particular Articles 4(1)(bb) and 55 thereof concerning operating aid for sport infrastructures, and thus be deemed as compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the TFEU.“

VII. Das EuG bestätigt die Kommissionsentscheidungen mit Urteilen v. 12.05.2016 und 09.06.2016

1. Urteil des EuG v. 12.05.2016 – T-693/14 in der Rs. Hamr–Sport a.s., Prag / Kommission⁵⁸⁰

Die Klägerin Hamr Sport hatte bei der EU-Kommission eine Beschwerde

eingereicht mit dem Antrag festzustellen, dass die von der Republik Tschechien den gemeinnützigen Organisationen („organisations sans but lucratif“) gewährten Subventionen zum Bau, Betrieb, Unterhaltung, zum Wiederaufbau und dem Ausbau von Sportanlagen europarechtswidrige Beihilfen sind. Gegenstand der Klage war die Entscheidung der Kommission v. 06.06.2014, Entscheidung C (2014) 3602 final; Beihilfesache SA.33575; s. ausführlich Abschn. G. V. 20.).

Das Gericht der Europäischen Union (EuG) hat die Klage abgewiesen. Die Ausübung des der Kommission nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zustehenden Ermessens setze komplexe wirtschaftliche und soziale Wertungen voraus. Der europäische Richter dürfe bei der Kontrolle der Rechtmäßigkeit die Beurteilung durch die Kommission nicht durch seine eigene Wertung ersetzen. Die gerichtliche Kontrolle über die Ausübung des Ermessens beschränke sich darauf, ob die Vorschriften über das Verfahren und die Begründung eingehalten, die Tatsachen richtig ermittelt wurden und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder Ermessensmissbrauch vorliegt. Dies vorausgesetzt habe die Kommission die Gründe für die Zustimmung zur angefochtenen Maßnahme klar, schlüssig und erschöpfend dargelegt.

Das Gericht verweist darauf, dass sich die Kommission auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV eingehend mit der Frage der Vereinbarkeit einer etwa vorliegenden Beihilfe mit dem gemeinsamen Markt befasst habe, unter Verwendung des bewährten Prüfschemas (zu diesem s. G. V 8. c).

Das EuG fährt fort: Die Kommission habe bei der Prüfung der Geeignetheit der Maßnahme (*l'adéquation de la mesure*) für die Erreichung des angestrebten Zwecks festgestellt, dass die öffentliche Kofinanzierung einem Marktversagen entgegenwirke. Denn ohne die staatlichen Subventionen gäbe es die Sportanlagen der Vereine nicht. Die Förderung der Sportinfrastruktur entspreche einer langen Praxis der tschechischen Behörden. Die Kommission habe auch die Verhältnismäßigkeit der Förderung bejaht.

Das Gericht führt des Weiteren aus: Die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und auf den Wettbewerb liefen nicht dem gemeinsamen Interesse zuwider, zumal es nicht um professionellen oder kommerziellen Sport gehe, sondern um Amateursport für die breite

Öffentlichkeit, für Schulen und Behinderte. Die Kommission habe darauf abgehoben, dass die geprüfte Beihilfe schwerpunktmäßig ein lokales und regionales Marktgeschehen betreffe. Ein wirtschaftlich relevanter Wettbewerb mit internationalen Sportstätten finde auch in Grenzregionen nicht statt. Die geförderten Sporteinrichtungen würden nur vereinzelt für internationale Sportereignisse genutzt. Auch wenn die Tätigkeit der gewinnzweckfreien Organisationen bei den kommerziellen Anbietern zu Gewinnverlusten führen könnten, habe die Kommission bedacht, dass letztere dem gemeinsamen Interesse nicht in derselben Weise dienen könnten wie die subventionierten Träger des Sports, die dem breiten Publikum Dienstleistungen zu erschwinglicheren Preisen anbieten könnten.

Das EuG stellt zusammenfassend fest: Die Kommission sei rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, es gebe keine ernstlichen Zweifel an der Vereinbarkeit der Subventionen mit dem gemeinsamen Markt. Sie habe sich intensiv mit vorgetragenen und den im Gerichtsverfahren ermittelten Fakten befasst und am Maßstab des hier einschlägigen Ziels der Union auf seine Angemessenheit untersucht und die Vor- und Nachteile abgewogen. Das Gericht hält der Klägerin vor, dass diese das in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV normierte Unionsziel letztlich nicht anerkenne, wenn sie vortrage, auch sie verwirkliche mit strikt identischen Aktivitäten das beschriebene Ziel von allgemeinem Interesse. Diese Behauptung könne indes nicht zum Ziel führen, weil die Klägerin Sportdienstleistungen mit Gewinnorientierung und von anderer Art anbiete:

„En effet, s’il est vrai que la requérante promeut elle aussi l’activité sportive, c’est, d’une part, en vue d’en retirer un profit et, d’autre part, en offrant des conditions, notamment tarifaires, qui ne peuvent permettre, en tout cas avec la même ampleur et à des prix abordables, l’accès du plus grand nombre ainsi que de publics spécifiques aux activités sportives de loisir.“

Zu Recht habe die Kommission darauf abgestellt, dass die beanstandeten Subventionen auf ein 10-jähriges Engagement angelegt seien und dass etwaige Gewinne wieder in sportliche Aktivitäten reinvestiert würden.

Kletterhallen GmbH u.a / Kommission

a. Die geltend gemachten Rechtsverletzungen

Zum Sachverhalt und zur Entscheidung der EU-Kommission v. 05.12.2012 wird auf Abschn. G. V. 8. verwiesen. Die Kläger hatten vor dem EuG eine Verletzung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV und einen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 2 AEUV und Art. 4 Abs. 4 der VO (EG) Nr. 659⁵⁸¹ gerügt. Der erste Klagegrund bezog sich auf

- die Nichtanwendung von Beurteilungskriterien. Die Kommission habe ihr eigenes Arbeitspapier „Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Art. 87 Abs. 3 EG“ (non-paper)⁵⁸² nicht beachtet. Dieses enthalte allgemeine Analysegrundsätze, die bereits in Gemeinschaftsrahmen und Leitlinien für Beihilfen und anderen Rechtsakten der Gemeinschaft niedergelegt seien. An die hierauf gegründete Verwaltungspraxis sei die Kommission gebunden;
- das Fehlen eines Marktversagens;
- die fehlende Erforderlichkeit der Beihilfe und Fehler bei der Beurteilung der Auswirkungen auf Wettbewerb und grenzüberschreitenden Handel.

Der zweite Klagegrund betraf verfahrensrechtliche Aspekte, die für die Durchführung weiterer gleichgelagerter Verfahren analysiert werden müssen. Es ging um die Fragen, ob die Kommission aus der Vorprüfungsphase (Art. 108 Abs. 3 AEUV) „angesichts ernsthafter Schwierigkeiten“ verpflichtet gewesen sei, das förmliche und umfassende Prüfverfahren (Art. 108 Abs. 2 AEUV) zu eröffnen und ob die Kommission die entscheidungserheblichen Tatsachen hinreichend ermittelt habe.⁵⁸³ In ersterer Hinsicht sei u.a. zu bedenken, dass es hier um eine „generelle Maßnahme“ gehe, in deren Genuss auch andere Sportvereine als der DAV kommen konnten.

b. Zur Bindung der EU-Kommission an ihre Leitlinien

Die Klägerin hat gerügt, die Kommission habe die Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Binnenmarkt nicht hinreichend „im Licht der

Kriterien der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ geprüft. Hierunter ist ein Ansatz zu verstehen, der als „*more economic approach*“⁵⁸⁴ im Konsultationspapier „Aktionsplan staatliche Beihilfen - weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen - Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009“⁵⁸⁵ mit dem Ziel einer fallbezogenen konkreten Marktanalyse vorgestellt worden war.

Das EuG antwortet hierauf zunächst mit dem Hinweis darauf, dass die Kommission bei der Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV einen weiten Ermessensspielraum habe. Ein die Nichtigkeitserklärung des angefochtenen Beschlusses rechtfertigender offensichtlicher Beurteilungsfehler der Kommission bei der Prüfung des Sachverhalts könne ferner nur festgestellt werden, wenn die vom Kläger vorgebrachten Beweise ausreichen, um die Sachverhaltswürdigung in dem in Rede stehenden Beschluss als nicht plausibel erscheinen zu lassen.⁵⁸⁶ Speziell im Bereich der staatlichen Beihilfen sei die Kommission an die von ihr erlassenen Unionsrahmen und Mitteilungen gebunden, soweit sie nicht von den Vorschriften des Vertrags abweichen und soweit sie von den Mitgliedstaaten akzeptiert würden.⁵⁸⁷ Jedenfalls habe die Kommission hier „die der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugrunde liegende Vorgehensweise angewendet“, vor allem zu den Stichworten „Behebung eines Marktversagens“, „Anreizeffekt“, „Verhältnismäßigkeit der Beihilfe“ und „Auswirkungen der Beihilfe auf Handel und Wettbewerb in Abwägung mit ihren positiven Effekten“. Die von der Kommission angewendete Prüfungstiefe sei nicht zu beanstanden. Die Untersuchung beruhe auf konkreten Angaben z. B. über die Merkmale der Beihilferegulierung oder des relevanten Marktes.

c. „Marktversagen“

Die Kläger hatten u.a. beanstandet, die Kommission scheine aus der Einstufung des DAV als gemeinnützige Organisation die Vermutung eines Marktversagens herleiten zu wollen. Sie habe zu Unrecht angenommen, dass bei der Förderung eines gemeinnützigen Vereins ein Marktversagen vermutet werden könne. Indes gebe es auf dem Kletterhallenmarkt kein Marktversagen.

Dem tritt das EuG entgegen: Die Kommission habe das Stichwort

„Marktversagen“ für entscheidungserheblich gehalten.⁵⁸⁸ Der Nachweis eines Marktversagens könne einen maßgeblichen Gesichtspunkt für die Erklärung der Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Binnenmarkt darstellen, sei jedoch keine unentbehrliche Voraussetzung, da der Mitgliedstaat in jedem Fall die Möglichkeit habe, eine Beihilfe mit der Verfolgung eines Ziels des Allgemeininteresses zu rechtfertigen. Ungeachtet eines etwa fehlenden Marktversagens könne die Verfolgung eines Ziels des Allgemeininteresses – hier: die Förderung der europäischen Dimension des Sports i.S. von Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV – die Beihilfe nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV rechtfertigen. Hiervon gehe der angefochtene Beschluss zu Recht aus.

In ihren Erwägungsgründen Nrn. 70 und 71 führe die EU-Kommission aus, es liege insoweit ein Versagen des Marktes in Deutschland vor, als Sportvereine in der Regel nicht in der Lage seien, mit ihren eigenen Mitteln die Kosten der Sportanlagen zu finanzieren. Die öffentliche Mitfinanzierung dieser Anlagen diene der Behebung dieses Marktversagens. Aus dieser Feststellung habe die Kommission gefolgert, dass die Beihilfe für den DAV ein erforderliches und geeignetes Instrument sei, um das Vorhandensein angemessener Anlagen für den Amateursport in Deutschland sicherzustellen. In dieser Hinsicht hätten die Kläger nicht dargelegt, dass die Erwägungen der Kommission zum Vorliegen eines Marktversagens offensichtlich unrichtig seien.

d. „Erforderlichkeit der Beihilfe“

Das EuG führt zu diesem Stichwort aus: Für die Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV sei nicht erforderlich zu prüfen, ob es andere Interventionsformen zur Erreichung des verfolgten Zieles gegeben hätte. Die von den Klägern benannten steuerlichen Instrumente seien zusätzliche, aber keine alternativen Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels. Wenn sie vortrügen, das in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV normierte Förderziel könne auch durch eine gleichzeitige Förderung der kommerziellen Kletterhallen erreicht werden, so sei darauf zu verweisen, dass nach der Entscheidung der Kommission,

„die Förderung des Breitensports über gemeinnützige Vereine pädagogische und soziale Vorteile aufweist und positive Nebeneffekte mit

sich bringt, u. a. dadurch, dass sie die Durchführung zusätzlicher Aktivitäten ermöglicht, wie die Benutzung der Anlagen durch Schulen und andere öffentliche Einrichtungen. Daher kann der Kommission nicht vorgeworfen werden, die von den Klägern benannte Alternative nicht in Erwägung gezogen zu haben.“ (Rdnr. 92)

Zu Recht habe die Kommission einen Anreizeffekt der Beihilfe bejaht. Das Beispiel des Projekts zur Errichtung eines Kletterzentrums in Berlin, das in seiner ursprünglichen Fassung nach der Ablehnung der Mitfinanzierung durch die Behörden aufgegeben worden sei, stelle einen Anhaltspunkt für einen Anreizeffekt dar. Vorliegend gehe es um die Prüfung der Merkmale einer sektoralen Beihilferegulung, so dass von der Kommission nicht verlangt werden könne, den genauen Betrag der geplanten Beihilfe zu berechnen und sich zu versichern, dass dieser Betrag das erforderliche Minimum darstelle. Die Verhältnismäßigkeit der Beihilfe könne u.a. im Hinblick auf die „Überwachung durch die Behörden der Bundesrepublik“ und auf das den Begünstigten auferlegte „Verbot der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten“ nicht beanstandet werden.

e. Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel

Auch zu diesem Punkt ist das EuG dem Vorbringen der Kläger entgegengetreten. Die Kommission habe die positiven Auswirkungen der Beihilfe gegen die – begrenzten – negativen abgewogen und sei zulässigerweise zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beihilfe die Handelsbedingungen nicht in einer Weise beeinträchtige, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderlaufe. Auch bei der hiernach erforderlichen Prüfung seien die Besonderheiten der sektoralen Beihilferegulung zu berücksichtigen⁵⁸⁹ Daher habe die Kommission eine allgemeinere als die von den Klägern gewünschte Analyse der Auswirkungen der fraglichen Beihilfe auf den Wettbewerb vornehmen können. Von Bedeutung seien die Umstände einer begrenzten geografischen Verbreitung der Kletterzentren, die „Überwachung von Projekten, deren Mitfinanzierung geplant ist, durch die nationalen Behörden“ und dass diese vorwiegend von Einwohnern Deutschlands besucht würden. Zum Vortrag der Kläger, eine Beihilfe an ein auf einem lokalen oder regionalen Markt tätiges Unternehmen könne Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben,

genüge der Hinweis, dass die Kommission im angefochtenen Beschluss solche Auswirkungen nicht ausschließe, sondern sich zu Recht auf die Feststellung beschränke, dass die Auswirkungen beschränkt seien.

Weiterhin habe die Kommission in Ausübung ihres Ermessens davon ausgehen können, dass die Größe der Kletterzentren des DAV im Wesentlichen von der Mitgliederzahl abhängt, ohne dass eine Berücksichtigung der Wachstumsprognosen zur Mitgliederzahl diese Schlussfolgerung entkräften könnte. Die Kommission führe aus, dass die Auswirkungen der fraglichen Beihilfe auf Handel und Wettbewerb begrenzt seien, und nicht etwa, dass sie nicht vorhanden seien.

Die Kommission habe ausdrücklich eingeräumt, dass die Beihilferegulierung zu einem Umsatzrückgang bei den Betreibern privater Kletterzentren führen könnte. Sie sei allerdings davon ausgegangen, dass die privaten Betreiber nicht in der Lage wären, das von den in Rede stehenden Maßnahmen verfolgte öffentliche Interesse zu befriedigen, und dass die Wettbewerbsverzerrung begrenzt sei.

Der Vortrag der Kläger zu einer eventuellen beherrschenden Stellung des Beihilfeempfängers sei weder substantiiert noch durch ein Beweismittel untermauert. Es werde nicht erläutert, wie der betreffende Markt zu definieren sei.

f. Betriebsbeihilfen für Unternehmen der Daseinsvorsorge

Grundsätzlich genehmigt die Kommission Betriebsbeihilfen – solche, die ein Unternehmen von Kosten befreien, die es normalerweise im Rahmen seines laufenden Betriebs oder seiner normalen Tätigkeiten zu tragen hätte⁵⁹⁰ - „wegen ihrer strukturerhaltenden Wirkung“⁵⁹¹ nur unter besonderen Voraussetzungen.⁵⁹² Zum Vortrag der Kläger, der DAV erhalte mit der Sportförderung verbotene Betriebsbeihilfen, weist die Kommission darauf hin, dass diese Regel „gewisse Ausnahmen kenne“.⁵⁹³ Hierzu legen die Ausführungen des angefochtenen Beschlusses nahe,

„dass die Bereitstellung von Anlagen zur Förderung des Sports im Rahmen nicht gewinnorientierter Vereine einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gleichgestellt werden kann. Somit reicht der Umstand, dass bestimmte in Rede stehende Maßnahmen

angeblich bezwecken, den DAV von einem Teil seiner Betriebskosten freizustellen, nicht aus, um aus sich heraus die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Binnenmarkt auszuschließen.“

Auf die Relevanz des Art. 106 Abs. 2 AEUV hatte bereits die EU-Kommission in ihrem angefochtenen Beschluss hingewiesen. Sieht man in dieser Bestimmung eine „sachgebietsübergreifende Ausnahmeklausel“⁵⁹⁴ für in Verfolgung außerökonomischer Zwecke erbrachte Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAWI), führt dies – eigentlich – in den Anwendungsbereich der Altmark-Trans-Regeln.⁵⁹⁵ Das EuG zieht diese Folgerung nicht – unausgesprochen aus dem naheliegenden Grund, dass hier kein hoheitlicher Betrauungsakt vorliegt, der bestimmte Gemeinwohlverpflichtungen festlegt. Selbstverpflichtungen⁵⁹⁶ – hier: die satzungsmäßige Einbindung der Zwecksetzung in einen hierarchisch gestuften Verbund gemeinnütziger Rechtsträger – sind keine Betrauung i.S. des Art. 106 Abs. 2. Die dargestellte Rechtfertigung der Betriebsbeihilfe ist ein kreativer und weiterführender Gedankenansatz.

g. Grenzüberschreitender Wettbewerb

Zu der von den Klägern behaupteten Diskriminierung ausländischer Unternehmen hätten die Kläger nicht vorgetragen, dass ein ausländischer, nicht gewinnorientierter Sportverein von der durch die Bundesrepublik Deutschland erlassenen Beihilferegulierung ausgeschlossen wäre. Ausländische Privatunternehmen seien genau wie deutsche Privatunternehmen ausgeschlossen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung verlange, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt würden, es sei denn, dass eine derartige Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre.⁵⁹⁷ Vorliegend befinde sich ein nicht gewinnorientierter Sportverein „im Hinblick auf das von der Beihilferegulierung verfolgte Ziel nicht in einer zu einem im Sportbereich tätigen Privatunternehmen, insbesondere einem privaten Kletterzentrum, vergleichbaren Situation“.

3. Würdigung der Entscheidungen des EuG

a. Das EuG analysiert das Proprium der Gemeinnützigkeit

Dogmatik und Anwendungspraxis des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV sind in Deutschland bislang in einer Weise erörtert worden, die man früher – genderungerecht? – als stiefmütterlich bezeichnet hätte.⁵⁹⁸ Angesichts dessen ist es als geradezu sensationell zu bewerten, dass und mit welcher Klarsicht und rechtsbildenden Stringenz die EU-Kommission und ihr im Wesentlichen folgend das EuG bei der Ausübung des ihr zustehenden weiten Ermessens das Proprium der Gemeinnützigkeit als gesamteuropäische Idee entscheidungsleitend herausgearbeitet und die als solche erkannten Gemeinwohlverluste durch Beeinträchtigung des Wettbewerbs abwägend hintangestellt hat. Die in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV angesprochenen besonderen Merkmale des Sports werden als ideelle Zwecksetzung herausgestellt. Das EuG hebt ab auf die auch aus Art. 132 MwStSystRL bekannten Privilegierungsgründe der Gewinnzweckfreiheit und des Ausschüttungsverbots. Der legitime Dualismus zwischen den begünstigten Zweckbetrieben und deren regulär besteuerten Konkurrenten wird auch mit Bezug auf den grenzüberschreitenden Wettbewerb betont.

b. Folgerungen für den Dritten Sektor

In der Entscheidung zu den Kletterzentren des DAV führt das EuG aus, dass die – somit „sektorale“ – Beihilfe „auf alle gemeinnützigen, nicht gewinnorientierten Sportvereine angewendet werden können, die eine Reihe zusätzlicher, im Vorhinein festgelegter Bedingungen erfüllen“.⁵⁹⁹ Aus Gründen der Verwaltungseffizienz hatte sich die Kommission auf die Kletterzentren des DAV in Berlin und solche in Baden-Württemberg beschränkt. Das EuG hatte dabei den Sektor der gemeinnützigen Anbieter von Sportdienstleistungen, nicht lediglich ein einzelnes Sportzentrum im Blick. Die hierbei entwickelten Grundsätze sind für eine Anwendung im gesamten gemeinnützigen Dritten Sektor geeignet, etwa – angesichts deren Verankerung im europäischen Primärrecht – für die Freie Wohlfahrtspflege. Hier gilt es, deren ideelle Zwecke, die im Memorandum der BAFWG konkretisierten sind, als den in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV normierten gleichrangig und gleichgewichtig herauszuarbeiten.

c. Unternehmerische Tätigkeit der Sportvereine im „inneren Markt“

Das EuGH befasst sich nicht mit der Frage, ob das Kletterzentrum im Verhältnis zu seinen Mitgliedern Sportdienstleistungen wirtschaftlich-unternehmerisch i.S. des EU-Beihilferechts anbietet. Hierzu hatte es keine Veranlassung: auch die EU-Kommission hat hierzu nicht abschließend entschieden. Die Kommission hatte den Regelungsbereich der Art. 107 f. AEUV eröffnet gesehen aufgrund einer beschränkten Nutzung durch Nichtmitglieder und des Anbietens von Leistungen außerhalb des Sports. Das EuG gibt in Rn. 6 seines Urteils die Auffassung der Kommission wieder, „dass der Betrieb von Kletterzentren, die der Allgemeinheit gegen Vergütung offenstünden, eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt“. Interessant ist die Bemerkung des EuG in Rn. 142 des Urteils: Die Kommission habe die Kläger ursprünglich in zwei Schreiben darüber informiert, „dass die angefochtenen Maßnahmen a priori keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellten“. Eine Begründung hierfür wird nicht gegeben. Dieser Aspekt sollte in der weiteren Diskussion berücksichtigt werden, weil, sollte sich dies als Auffassung der EU-Kommission darstellen, der Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts für Sportdienstleistungen der Vereine an ihre Mitglieder gar nicht erst eröffnet wäre.

d. Die Urteile sind Meilensteine für den Dritten Sektor

Die Urteile des EuG sind Meilensteine für den gesamten Dritten Sektor. Dies gilt es für den Fall zu sichern, dass diese Entscheidungen oder Rechtssachen mit gleichem Streitgegenstand an den EuGH gelangen. Die einschlägigen Rechtsfragen und Ermessens- und Abwägungsgrundlagen sind zu strukturieren unter den rechtlichen Gesichtspunkten der „nationalen Identität des EU-Mitgliedstaats Deutschland,“⁶⁰⁰ der Daseinsvorsorge (Art. 14, 106 AEUV), der Subsidiarität und nicht zuletzt – mit letzterer verschwistert – der kommunalen Selbstverwaltung.

VIII. Exkurs

1. Kongresszentrum in Kattowitz

Zur Förderung des Kongresszentrums in Kattowitz hat die EU-Kommission⁶⁰¹ in ihrer Entscheidung v. 17.07.2013 im Hinblick auf die grenzüberschreitende Wettbewerbssituation eine Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV bejaht. Diese ist gem. Art. 107 Abs. 3 Buchst c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar, wobei die Fokussierung auf den Sport überrascht:

„(15) The public financing of the construction of the infrastructure with the aim to offer it, in part, for commercial use may be compatible with the internal market pursuant to Article 107(3) c TFEU if it pursues a policy objective of common interest, is necessary and proportionate and does not cause undue distortion of competition.

(16) With regard to the achievement of a policy objective of common interest, the construction of venues for sport and other public events and supporting different types of activities which benefit the general public can be considered a State responsibility towards the general public. The Amsterdam Declaration on Sport and Article 165 TFEU both acknowledge the social significance of sport . . . The facility will also be used for cultural and educational events, as well as providing a meeting place (conferences, fairs) and as such contribute to the promotion of cultural diversity, according to Article 167 (4) TFEU also a Union policy objective. Thus, as the facility will ensure the general public's access to culture, education and sport, and the lack of capacity and/or adequate other such facilities in the region, the State will be fulfilling its responsibility to the general public by making the project possible. The realization of the facility must therefore be regarded as satisfying policy objectives of common interest.“

Im Anschluss hieran befasst sich die EU-Kommission mit der Zielgerichtetheit, Notwendigkeit und Angemessenheit der Fördermaßnahme. Der Sache nach geht es auch der EU-Kommission um den entscheidungsleitenden Gesichtspunkt des Marktversagens:

„(18) Therefore, the Commission considers that Poland has shown the lack of capacity, at least for certain types of events, and that the new ICC in Katowice will become a complement (larger and/or multifunctional combining congress and exhibition with cultural and sports functions) rather than substitute to the existing, or under constructions, facilities in

the region. The new facility is also likely to lead to an increase in the types of events which can take place in the region.

(19) In the absence of the public funding, the project would not be realized (not viable for a private investor). . . .

2. Museen

Die Entscheidung der EU-Kommission v. 11.05.2011⁶⁰² befasst sich mit der staatlichen Förderung der baskischen Museen. Die EU-Kommission misst der staatlichen Förderung eine Wirkung auf den grenzüberschreitenden Handel bei. Sie entscheidet aber, dass die tatbestandlich vorliegende Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 3 Buchst. c mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Die Kommission begründet dies wie folgt:

„In addition, it should be noted that the Basque museums acquire, conserve, research, communicate and exhibit cultural goods for purposes of study, education and enjoyment. Therefore, in order to remain attractive to the public, they are also expected to invest in new projects and technologies making culture accessible for a wide audience.

In view of the above, the Commission considers that the cultural purpose of the notified scheme, the protection and promotion of museums and the dissemination of culture within the Basque region, would be compatible under provisions of Article 107 (3) (d) TFEU.“

Auch die positive Entscheidung der Kommission v. 11.09.2013⁶⁰³ zu Kulturzentren, Museen und Büchereien in Ungarn gründet auf Art. 107 Abs. 3 Buchst. d AEUV.

3. EuG-Entscheidung v. 12.09.2013 zu deutschen Naturschutzorganisationen

Die rein ideelle Sphäre einer gemeinnützigen Körperschaft ist nicht unternehmerisch; eine Ausnahme gilt für den Zweckbetrieb (§§ 65 ff. AO). Das Urteil des EuG (Gericht erster Instanz) v. 12.09.2013⁶⁰⁴ betrifft die unentgeltliche Übertragung von Flächen des Nationalen Naturerbes an die Länder, an die von den Ländern eingerichteten Stiftungen, an die Deutsche Bundesstiftung Umwelt (DBU) und an andere Naturschutzorganisationen.

Die Empfänger übernehmen vertraglich definierte Verpflichtungen zum Naturschutz. Sie können im Rahmen der vereinbarten Nutzungsauflagen Einnahmen vor allem aus Jagd- und Fischereipacht, aus Holzverkäufen im Rahmen der Waldpflege und aus einer Vermarktung zu Zwecken des Tourismus erwirtschaften. Die Bundesregierung hatte vorgetragen, die Empfänger seien „ohne ein wirtschaftliches Ziel zu verfolgen, gemeinnützig tätig“. Das Anbieten von Leistungen sei „bloße Folge ihrer nichtwirtschaftlichen Tätigkeit“. Die EU-Kommission habe nicht berücksichtigt, dass durch die Pflicht zur Reinvestition der Einnahmen ausgeschlossen werde, dass die Naturschutzorganisationen einen Gewinn erzielen könnten. Naturschutzorganisationen unterlägen im deutschen Steuerrecht einem Verfahren zur Anerkennung ihrer Gemeinnützigkeit, das mit der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unvereinbar sei.

Das EuG stellt zunächst fest, dass der den Naturschutzorganisationen vom Mitgliedstaat gewährte Vorteil darin besteht, dass sie unentgeltlich Flächen erhalten, die kommerziell genutzt werden können. Er schichtet sodann die Sphären des Rechtsträgers ab: Dieser könne nur in Bezug auf einen Teil seiner Tätigkeiten als Unternehmen anzusehen sein, soweit diese wirtschaftliche Tätigkeiten seien.⁶⁰⁵ Der EuG führt sodann mit Blick auf Körperschaften des öffentlichen Rechts aus: Soweit der Träger eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübe, die von der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse losgelöst werden könne, handele er in dieser Hinsicht als Unternehmen. Sei die wirtschaftliche Tätigkeit dagegen mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse untrennbar verbunden, liege insgesamt keine wirtschaftliche Tätigkeit vor.⁶⁰⁶ Diese Grundsätze überträgt das EuG auf die gemeinnützigen Organisationen. Getrennte rechtliche Einheiten könnten für die Zwecke der Anwendung der EU-Beihilfevorschriften als eine wirtschaftliche Einheit angesehen werden, die sodann Gegenstand der Prüfung als Unternehmen sei. Das EuG postuliert, dass die Naturschutztätigkeit „ausschließlich sozialen Charakter hat und keine wirtschaftliche Tätigkeit sei“. Er prüft, ob die Tätigkeiten, wie der Verkauf von Holz, die Jagd- und Fischereipacht sowie der Tourismus – als „Nebentätigkeiten“ – mit den Hauptaufgaben der Naturschutzorganisationen „ausschließlich sozialer Natur“ zusammenhängen oder ob sie diesen Rahmen sprengen und Tätigkeiten wirtschaftlicher Natur darstellen.

Aus der Rechtsprechung des EuGH folge,

„dass der Status der betreffenden Einheiten im nationalen Recht bei der Klärung der Frage, ob sie aus unionsrechtlicher Sicht Unternehmen darstellen, irrelevant ist. Es spielt daher keine Rolle, dass Naturschutzorganisationen nach deutschem Recht eine gemeinnützige Tätigkeit ausüben“.

Unerheblich sei, dass die Einnahmen aus den Nebentätigkeiten dazu beitragen, die Projektkosten der Naturschutzorganisationen zu decken und dadurch die Inanspruchnahme öffentlicher Zuschüsse im Einklang mit dem auf nationaler Ebene maßgebenden Grundsatz sparsamer Haushaltsführung verringern könnte. Auch wenn die Einnahmen aus den Nebentätigkeiten zwingend für die Tätigkeit mit sozialem Charakter zu verwenden seien, handele es sich bei den Nebentätigkeiten um eine Marktteilnahme. Das EuG weist das Vorbringen der Bundesregierung zurück, die Nebentätigkeiten seien nicht rentabel und die Naturschutzorganisationen finanzierten sich zumeist durch Spenden und Beiträge. Der wettbewerbsrechtliche Begriff des Unternehmens umfasse jede wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.⁶⁰⁷ Tätigkeitsbereiche wie Landwirtschaft, Forstwirtschaft, die Verpachtung von Jagdrevieren oder von Gewässern zur Fischzucht und der Tourismus funktionierten zumeist unter Marktbedingungen und führten zu Unternehmen, die im Wettbewerb zueinander stünden und Gewinn anstrebten. Die Nebentätigkeiten seien für die Haupttätigkeit des Naturschutzes nicht erforderlich, denn auch wenn die Verpachtung von Jagdrevieren dem Naturschutz diene, sei sie „mit diesem gemeinnützigen Zweck nicht integral verbunden“. Den Nebentätigkeiten „wohnten auch keine Solidaritätsanforderungen inne“.

Allerdings, so das EuG, könne die Verfolgung der Umweltschutzziele jedenfalls bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfemaßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt auf der Grundlage des Art. 87 Abs. 3 EG (= Art. 107 Abs. 3 AEUV) Bedeutung erlangen:⁶⁰⁸

„Nach ständiger Rechtsprechung unterscheidet Art. 87 Abs. 1 EG (= Art. 107 Abs. 1 AEUV) nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern beschreibt diese nach ihren Wirkungen. Auch wenn der Umweltschutz eines der wesentlichen Ziele der Europäischen

Gemeinschaft ist, rechtfertigt die Notwendigkeit, dieses Ziel zu berücksichtigen, nicht den Ausschluss selektiver Maßnahmen vom Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG, da eine zweckdienliche Berücksichtigung der Umweltschutzziele auf jeden Fall bei der Beurteilung der Vereinbarkeit der staatlichen Beihilfemaßnahme mit dem Gemeinsamen Markt gemäß Art. 87 Abs. 3 EG (= Art. 107 Abs. 3 AEUV) erfolgen kann.“

Eine Herausnahme aus dem Beihilferegime muss also nicht auf der Tatbestandsebene des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfolgen.

Die sich in konventionellen Begründungsbahnen bewegende EuG-Entscheidung hat keinen gedanklichen Zugriff auf das „Wesen“ des Zweckbetriebs i.S. der §§ 65 ff. AO. Der Zweckbetrieb ist dadurch gekennzeichnet, dass sich gerade in der Erbringung wirtschaftlich-unternehmerischer Leistungen der ideelle („soziale“) Zweck realisiert.

IX. Gemeinsame Erklärung von Vizepräsident Almunia und Präsident Platini v. 21.03.2012

Die gemeinsame Erklärung⁶⁰⁹ befasst sich mit gemeinsamen Zielen eines finanziellen Fairplays, die „in Kooperation mit allen Interessenträgern des Fußballs erarbeitet worden sind“. Der zentrale Grundsatz des finanziellen Fairplays – nämlich „im Rahmen der eigenen Möglichkeiten zu wirtschaften“ bzw. auf ein „break even“ hinarbeiten – gründet auf dem Gedanken, dass die Einnahmen aus dem Fußball zumindest den Ausgaben für den Fußball entsprechen sollten (Erklärung unter 4.). Die Nrn. 6, 7, 9, 10 und 12 der Erklärung lauten auszugsweise wie folgt:

„(6.) Mit Blick auf eine Förderung sinnvoller, langfristiger Investitionen in den Fußball ist es nichtsdestotrotz legitim, dass bestimmte Ausgabenkategorien, beispielsweise für Verbesserungen an der Infrastruktur, Juniorenausbildung und -training sowie soziale und Gemeinschaftsprojekte, die Fähigkeit eines Klubs, die „break even“-Vorschrift einzuhalten, nicht gefährden sollten.

(7) Diese Ziele sind auch mit den Zielen der EU-Politik im Bereich der staatlichen Beihilfen vereinbar.

(10) Ferner sind finanzielles Fairplay und die Grundsätze für staatliche

Beihilfen insofern vergleichbar, als beide Rechtsrahmen bestimmte Ausgaben, beispielsweise für Juniorenausbildung und -training, soziale und Gemeinschaftsprojekte oder Investitionen in Infrastruktur, gesondert behandeln, wie die jüngsten Entscheidungen der EU-Kommission zugunsten Beihilfen für Amateursport und Jugendmannschaften in Frankreich sowie zugunsten der Unterstützung für Sportinfrastruktur in Ungarn belegen.“

(12) Am meisten Sorgen bereitet jedoch die hohe und immer noch steigende Verschuldung von Profifußballklubs der höchsten Spielklasse, die für die UEFA der Grund für die Einführung von Regeln zum finanziellen Fairplay war. Aus Sicht der staatlichen Beihilfen besteht ein signifikantes Risiko, dass Fußballvereine verstärkt nationale, regionale oder lokale Stellen um Finanzhilfen bitten, um weiterhin auf Profiebene Fußball spielen zu können.“

Diese Gemeinsame Erklärung soll die Grundlage sein für die weitere Zusammenarbeit zwischen der UEFA und der EU-Kommission „und für Gespräche zu Fragen u.a. betreffend die steuerliche Behandlung von Klubs sowie kompensatorische Maßnahmen, die Vereinen, die Not- und Umstrukturierungsbeihilfen aus der öffentlichen Hand erhalten, abverlangt werden können“. In Nr. 2 der Erklärung wird hervorgehoben, dass die dem finanziellen Fairplay zugrunde liegenden Grundsätze entsprechend auch auf andere Sportarten, die mit ähnlichen Herausforderungen in finanzieller Hinsicht zu kämpfen haben, als Vorbild dienen können.

X. Die De-minimis-VO (EU) Nr. 1407/2013

Die überarbeitete De-Minimis-VO⁶¹⁰ bringt für die gemeinnützigen Organisationen keine verlässliche Erleichterung. Nach Art. 2 Abs. 2 der VO Nr. 1407/2013 darf der Gesamtbetrag der einem einzigen Unternehmen von einem Mitgliedstaat gewährten De-minimis-Beihilfen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren den Betrag von 200.000 Euro nicht übersteigen. Allerdings gilt die VO nach ihrem Art. 4 „aus Gründen der Transparenz, Gleichbehandlung und wirksamen Überwachung“ nur für De-minimis-Beihilfen, „deren Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist („transparente Beihilfen“)“, was den Anwendungsbereich

der VO erheblich einengt (s. auch die Begründungserwägung 14). Eine solche Berechnung ist beispielsweise bei Zuschüssen, Zinszuschüssen und begrenzten Steuerbefreiungen oder bei sonstigen Beihilfeformen möglich, bei denen eine Obergrenze gewährleistet, dass der einschlägige Höchstbetrag nicht überschritten wird.⁶¹¹ Sie ist aber schwerlich möglich bei einem gemeinnützigen Träger, der sich mittels Einwerbens von Spenden finanziert.

Der Namensbestandteil „de minimis“ verheißt trügerisch maßvolles Verwalten im Sinne der römischen Rechtssentenz „*de minimis non curat praetor*“.⁶¹² Dies wird freilich konterkariert durch den drohend mit „Überwachung“ überschriebenen Art. 6 VO Nr. 1407/2013. Auf der Grundlage dieser Vorschrift fällt den Mitgliedstaaten eine Überwachungspflicht zu, die sie durch Einrichtung eines Zentralregisters erfüllen sollen, das „vollständige (!) Informationen über die gewährten De-minimis-Beihilfen enthält“.⁶¹³ Die Mitgliedstaaten überprüfen, ob eine neue Beihilfengewährung den vorgeschriebenen Höchstbetrag einhält. Nach Art. 6 Abs. 3 gewährt der Mitgliedstaat eine neue De-minimis-Beihilfe nach dieser Verordnung erst, „nachdem er sich vergewissert hat, dass dadurch der Betrag der dem betreffenden Unternehmen insgesamt gewährten De-minimis-Beihilfen nicht den einschlägigen Höchstbetrag nach Artikel 3 Absatz 2 übersteigt und sämtliche Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllt sind.“ Die Mitgliedstaaten müssen alle Informationen hierüber 10 Jahre lang verfügbar halten. Es stellt sich die Frage, wie die Anwendung dieser Regularien bei spendenfinanzierten Vereinen / Verbänden in der Praxis funktionieren soll.

Laut Mitteilung der Kommission zur Entwicklung der europäischen Dimension des Sports vom 18.01.2011⁶¹⁴ braucht auf einige Maßnahmen wie „etwa die sehr geringen Finanzbeiträge, die unter die De-Minimis-Verordnung fallen“, Art. 107 Abs. 1 AEUV „nicht unbedingt angewandt zu werden.“

Auf der Grundlage dieser VO⁶¹⁵ werden De-minimis-Beihilfen — d. h. Beihilfen, die bei einem einzigen Unternehmen in einem Zeitraum von drei Steuerjahren den Betrag von 200.000 EUR nicht übersteigen (Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 1407/2013) — als Maßnahmen angesehen, die nicht alle Tatbestandsmerkmale des Artikels 107 Absatz 1 AEUV erfüllen und daher

nicht dem Anmeldeverfahren unterliegen (Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1407/2013).⁶¹⁶ Nach dem 3. Erwägungsgrund der De-minimis-VO Nr. 1407/2013 kann davon ausgegangen werden, dass diese Maßnahmen weder Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben noch den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.⁶¹⁷ Die De-minimis-Regel dient den unionsverfassungsrechtlichen Grundsätzen der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV), der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) und der Rechtssicherheit.⁶¹⁸ Da ein Unternehmen jeweils nur einmal die De-minimis-Grenze ausnutzen kann (Kumulierungsverbot), ist nunmehr der – für die vorliegende Untersuchung einschlägige – Begriff des „einzigen Unternehmens“ präzisiert (Art. 2 Abs. 2 VO Nr. 1407/2013).

Art. 6 VO (EU) Nr. 1407/2013 mit der amtlichen Überschrift „Überwachung“ legt den Mitgliedstaaten umfängliche Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten auf, „um der Kommission die Prüfung zu ermöglichen, ob die Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllt sind.“ Die Kommission hat die Aufgabe zu gewährleisten, dass die Beihilfevorschriften eingehalten werden. Hierbei wird sie unterstützt durch die Mitgliedstaaten, die durch geeignete Vorkehrungen sicherstellen, dass der Gesamtbetrag der De-minimis-Beihilfen, die einem einzigen Unternehmen gewährt werden, den insgesamt zulässigen Höchstbetrag nicht übersteigt und dass die Regeln zur Kumulierung eingehalten werden (Begründungserwägung 21; Art. 5 VO (EU) Nr. 1407/2013). Die Mitgliedstaaten können ihre Überwachungspflicht stattdessen auch dadurch erfüllen, dass sie ein Zentralregister einrichten, das vollständige Informationen (!) über die gewährten De-minimis-Beihilfen enthält. Den Unternehmen ist unter ausdrücklichem Verweis auf den Betrag der gewährten De-minimis-Beihilfen mitzuteilen, dass die Beihilfe in den Anwendungsbereich der VO (EU) Nr. 1407/2013 fällt.

Hierzu ist kritisch anzumerken: Der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer wird weiterhin ein lukratives Betätigungsfeld haben.⁶¹⁹ Die Binnenmarktrelevanz der selbst von Kleinunternehmern erbrachten DAWI wird nur unter sehr engen und bürokratischen Voraussetzungen zurückgenommen.

XI. Nützt die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (VO (EU) Nr.

651/2014; AGVO) v. 17.06.2014 den Sportvereinen?

1. Allgemeines

Die EU-Kommission⁶²⁰ hatte angekündigt, im Zuge der Evaluierung des Monti-Kroes-Pakets Beihilfen für den Amateursport zu regeln. Durch die Verordnung (EU) Nr. 733/2013⁶²¹ des Rates ist die Kommission ermächtigt worden, die Gruppenfreistellung auf neue Gruppen von Beihilfen auszuweiten, für die – so die Begründung – „eindeutige Voraussetzungen für die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt festgelegt werden können“. Die Ermächtigung erstreckt sich u.a. auf „Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen“. Gestützt auf die VO (EU) Nr. 733/2013 und Art. 108 Abs. 4 AEUV hat die EU-Kommission die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung VO (EU) 651/2014 v. 17.06.2014⁶²² (AGVO) erlassen. In der Begründungserwägung Nr. 5 zur AGVO heißt es: Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Verordnung werden anhand gemeinsamer Grundsätze festgelegt, die gewährleisten, dass die Beihilfen einem Zweck von gemeinsamem Interesse dienen, einen eindeutigen Anreizeffekt haben, geeignet und angemessen sind, in voller Transparenz und vorbehaltlich eines Kontrollmechanismus und einer regelmäßigen Evaluierung gewährt werden und die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Die Begründungserwägung Nr. 74 besagt:

„Im Sportsektor stellen einige Maßnahmen der Mitgliedstaaten möglicherweise keine staatlichen Beihilfen dar, etwa weil der Begünstigte keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten vorliegen. Dies könnte unter bestimmten Umständen bei Beihilfemaßnahmen der Fall sein, die einen rein lokalen Charakter haben oder im Bereich des Amateursports gewährt werden. In Artikel 165 AEUV wird die Bedeutung der Förderung der europäischen Dimension des Sports . . . anerkannt.“

Diese Aussage fußt auf der bisherigen Entscheidungspraxis der Kommission. Diese sieht in der „erheblichen Ausweitung“ der Freistellung von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung staatlicher Beihilfen „einen

weiteren Meilenstein der Umsetzung ihrer Initiative zur Modernisierung des EU-Beihilferechts“. ⁶²³ Die VO (EU) 651/2014 soll ihre Politik fortsetzen, die ex-ante-Prüfung von Beihilfemaßnahmen durch die Kommission auf Fälle mit besonders großen Auswirkungen auf den Binnenmarkt zu konzentrieren. ⁶²⁴ Nach Einschätzung der EU-Kommission ⁶²⁵ werden voraussichtlich drei Viertel der staatlichen Beihilfemaßnahmen und rund zwei Drittel der Beihilfen in den Anwendungsbereich der neuen AGVO fallen. Mit dem Binnenmarkt vereinbare Beihilfen können so künftig schneller gewährt werden. Die wichtigsten Verbesserungen, die mit der AGVO-Überarbeitung erzielt wurden, sieht die Kommission in

- einem größeren Anwendungsbereich durch Anhebung der Schwellenwerte,
- einem größeren Anwendungsbereich durch zusätzliche Gruppen von Beihilfen und
- einer Vereinfachung.

Allerdings erwähnt die Kommission ⁶²⁶ in ihrer Presseerklärung auch die bürokratischen Konsequenzen:

„Der erheblich erweiterte Anwendungsbereich der Freistellung von der Pflicht zur vorherigen Anmeldung muss mit geeigneten Maßnahmen zum Schutz des Wettbewerbs im Binnenmarkt in Form einer besseren nachträglichen Kontrolle einhergehen. Die Kommission wird die Überwachung der nach der AGVO gewährten Beihilfen verbessern.“

Dementsprechend heißt es in der Begründungserwägung Nr. 15 zur AGVO: Die Durchsetzung des Beihilferechts ist in hohem Maße von der Mitwirkung der Mitgliedstaaten abhängig. Die Mitgliedstaaten sollen daher auch die insoweit notwendigen Maßnahmen treffen, um die Einhaltung dieser Verordnung sicherzustellen. Die Kommission will, dass die Beihilfegewährung transparenter wird. Es ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten die Beihilfeempfänger auf speziellen Beihilfe-Websites bekanntgeben.

Es enttäuscht, dass die VO nicht auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der gemeinnützigen Organisationen zugeschnitten ist. Auch wäre zu wünschen gewesen, dass die VO Vorgaben für die Ermessensausübung

hinsichtlich der Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt normiert.

Die Bundesregierung hatte in ihrer Stellungnahme zum Entwurf einer AGVO umfassende Freistellungen für Maßnahmen zum Ausbau der Infrastruktur gefordert.⁶²⁷ Sie hat vorgetragen:⁶²⁸

„Schließlich besteht im Sportbereich ein dringender Bedarf an der Freistellung von Beihilfen für Unterhalt und Betrieb, weil die Versorgung der örtlichen Bevölkerung (gemeinnützige Organisationen, Schulen, Kindergärten, Einzelpersonen) mit Sportanlagen ohne eine Bezuschussung der Unterhaltung und des Betriebs zu sozialverträglichen Konditionen kaum möglich ist.“

Dieses Anliegen sollte auf der politischen Agenda bleiben. Dass dieser Normenkomplex in Bewegung bleibt, ist daraus ersichtlich, dass eine erste öffentliche Konsultation zum Entwurf einer Erweiterung der AGVO von 2014 durchgeführt worden ist; Ziel ist eine einfachere Durchführung „unproblematischer staatlicher Hilfen für Häfen und Flughäfen“.⁶²⁹

2. Der Geltungsbereich der AGVO

Nach Art. 3 AGVO („Freistellungsvoraussetzungen“) sind Beihilferegeln, Einzelbeihilfen auf der Grundlage von Beihilferegeln und Ad-hoc-Beihilfen i.S. des 107 Abs. 2 oder 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt, sofern diese Beihilfen alle Voraussetzungen des Kapitels I dieser VO sowie die für die betreffende Gruppe von Beihilfen geltenden Voraussetzungen des Kapitels III erfüllen.⁶³⁰

Staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 107 Absatz 1 AEUV, die nicht unter diese Verordnung fallen, unterliegen weiter der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV.⁶³¹ Diese in den Begründungserwägungen enthaltene Aussage wird man dahin zu verstehen haben, dass die allgemeinen Regularien, insbesondere

- die DAWI-Regeln (Almunia-Paket),
- die De-minimis-VO,⁶³²

- die Ermächtigung nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV, auf deren Grundlage z.B. die Entscheidung der EU-Kommission zu den Kletterhallen des Alpenvereins ergangen ist, nicht berührt werden, dass also weitere Befreiungen von der Anmeldepflicht fortgelten.

Laut der Begründungserwägung Nr. 7 belässt die Verordnung den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Beihilfen anzumelden, deren Ziele den unter diese Verordnung fallenden Zielen entsprechen.

3. Anmeldeschwellen (Art. 4 AGVO)

Die folgenden Voraussetzungen für die Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der AGVO sind stets zu beachten:

- allgemeine Vorgaben (Transparenz, Anreizeffekt, Anzeigepflicht, Dokumentation). Der Mitgliedstaat ist verpflichtet, die gewährten und nach der AGVO freigestellten Beihilfen gegenüber der Kommission anzuzeigen. Der Kommission soll eine nachträgliche Prüfung ermöglicht werden. Die beihilfegewährende staatliche Stelle ist verpflichtet, eine vollständige Dokumentation zum Nachweis der Einhaltung der Freistellungsbedingungen mindestens zehn Jahre vorzuhalten;⁶³³
- gruppenspezifische Schwellenwerte;
- gruppenspezifische Beihilfehöchstintensitäten.

Hohe Beträge einzeln oder kumulativ gewährter Beihilfen sollen nach wie vor wegen des Risikos einer Beeinträchtigung der Handelsbedingungen nach Anmeldung der Beihilfen von der Kommission geprüft werden.⁶³⁴

Daher setzt Art. 4 AGVO Schwellenwerte fest, die der betreffenden Gruppe von Beihilfen und ihren wahrscheinlichen Auswirkungen auf die Handelsbedingungen Rechnung tragen. Beihilfen, die diese Schwellenwerte übersteigen, unterliegen weiter der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV. Art. 4 Nr. 1 Doppelbuchst. bb AGVO regelt:

„Diese Verordnung gilt nicht für Beihilfen, die die folgenden Schwellen überschreiten:

Investitionsbeihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen: 15 Mio. EUR oder die Investitionsbeihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen: 15 Mio.

EUR oder die Gesamtkosten über 50 Mio. EUR pro Vorhaben;

Betriebsbeihilfen für Sportinfrastrukturen: 2 Mio. EUR pro Infrastruktur und Jahr.“

Im Falle von kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) gibt die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften⁶³⁵ Aufschluss darüber, wie hoch ein jährliches Garantieentgelt – die jährliche „SAFE-Harbour-Prämie“ – mindestens sein muss, damit eine staatliche Garantie nicht als Beihilfe gilt.⁶³⁶

4. Transparenz der Beihilfe (Art. 5 AGVO)

Art. 5 AGVO spricht von „transparenten Beihilfen“. Dieser Begriff wird auch sonst im Beihilferecht verwendet, z.B. in der de-minimis-VO. Es handelt sich um Beihilfen, für die eine genaue Höhe des Beihilfeelementes – das sog. Bruttosubventionsäquivalent – im Voraus und ohne Risikoeinschätzung berechnet werden kann. Die Berechnung ist zumeist unproblematisch bei Zuschüssen, Minderung von Entgelten, Darlehen, Garantien und Bürgschaften. Steuervergünstigungen sind freistellungsfähig, wenn durch entsprechende Obergrenzen sichergestellt ist, dass der jeweils maßgebliche Schwellenwert nicht überstiegen wird.

5. Anreizeffekt (Art. 6 AGVO)

Damit die Beihilfe im Rechtssinn „erforderlich“ ist und als Anreiz zur Weiterentwicklung von Tätigkeiten oder Vorhaben wirkt, gilt die AGVO nicht für Beihilfen bei Tätigkeiten, die der Beihilfeempfänger „in jedem Fall“ – also auch ohne die Beihilfe – aufgenommen hätte.⁶³⁷ Daher werden die Beihilfen nur dann nach der AGVO von der Anmeldepflicht freigestellt, wenn mit den Arbeiten für das geförderte Vorhaben oder die geförderte Tätigkeit erst begonnen wird, nachdem der Beihilfeempfänger einen schriftlichen Beihilfeantrag mit vorgegebenem Inhalt gestellt hat.⁶³⁸

Für automatische Beihilferegeln in Form von Steuervergünstigungen gelten hinsichtlich des Anreizeffekts besondere Voraussetzungen, da diese

Art von Beihilfen nach anderen Verfahren gewährt werden (Art. 6 Nr. 3 AGVO; Begründungserwägung Nr. 20).

6. Beihilfeintensität und beihilfefähige Kosten (Art. 7 AGVO); Kumulierung (Art.8 AGVO)

Für die Berechnung der Beihilfeintensität und der beihilfefähigen Kosten werden die Beträge vor Abzug von Steuern und sonstigen Abgaben herangezogen. Die beihilfefähigen Kosten sind durch schriftliche Unterlagen zu belegen, die klar, spezifisch und aktuell sein müssen. Werden Beihilfen nicht in Form von Zuschüssen gewährt, so entspricht der Beihilfebetrug dem Bruttosubventionsäquivalent. Bei der Prüfung, ob die in Artikel 4 festgelegten Anmeldeschwellen und die in Kapitel III festgelegten Beihilfehöchstintensitäten eingehalten sind, werden die für die geförderte Tätigkeit, das geförderte Vorhaben oder das geförderte Unternehmen insgesamt gewährten staatlichen Beihilfen berücksichtigt.

7. Veröffentlichung und Information (Art. 9 AGVO); Berichterstattung (Art. 11 AGVO)

Im Interesse der Transparenz müssen die Mitgliedstaaten auf regionaler oder nationaler Ebene ausführliche Websites zu staatlichen Beihilfen einrichten. Die folgenden Informationen werden auf nationaler oder regionaler Ebene veröffentlicht:

- die in Art. 11 genannten Kurzbeschreibungen in dem im Anhang II festgelegten Standardformat oder ein Link, der Zugang dazu bietet;
- der in Art. 11 der Verordnung geforderte volle Wortlaut jeder Beihilfemaßnahme oder ein Link, der Zugang dazu bietet;
- die in Anhang III genannten Informationen über jede Einzelbeihilfe von über 500 000 EUR.

8. Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen (Art. 55 AGVO)

Nach Art. 56 AGVO können Investitionsbeihilfen zur Finanzierung „lokaler Infrastrukturen“ je Vorhaben bis zu einer Höhe von 10 Millionen

Euro oder bis zu einer Gesamtinvestitionssumme von 20 Millionen Euro von der Notifizierungspflicht befreit sein. Für Betriebsbeihilfen gilt eine Obergrenze von bis zu 2 Millionen Euro je Infrastruktur und Jahr.

Art. 56 Nr. 1 AGVO lautet wie folgt:

„1. Für den Bau oder die Modernisierung lokaler Infrastrukturen bestimmte Finanzierungen für Infrastrukturen, die auf lokaler Ebene einen Beitrag zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen und Verbraucher und zur Modernisierung und Weiterentwicklung der industriellen Basis leisten, sind im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Anmeldepflicht nach Artikel 108 Absatz 3 AEUV freigestellt, sofern die in diesem Artikel und in Kapitel I festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.“

Das „Handbuch Europäisches Beihilferecht“⁶³⁹ nennt als Beispiele für freistellungsfähige lokale Infrastrukturen Markthallen, öffentliche PKW-Parkflächen, Fahrradstationen, Freizeitsport- und Spielplätze und – auch hierum kümmert sich das europäische Recht – öffentliche WC-Anlagen.

Beihilfen für den Sport („Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen“) sind in Art. 55 AGVO spezialgesetzlich geregelt. Offensichtlich soll dem nur lokalen Einzugsbereich und der Nutzung durch den Amateursport Rechnung getragen werden. Die Begründungserwägung Nr. 74 führt aus:

„Im Sportsektor stellen einige Maßnahmen der Mitgliedstaaten möglicherweise keine staatlichen Beihilfen dar, etwa weil der Begünstigte keine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt oder keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten vorliegen. Dies könnte unter bestimmten Umständen bei Beihilfemaßnahmen der Fall sein, die einen rein lokalen Charakter haben oder im Bereich des Amateursports gewährt werden. In Artikel 165 AEUV wird die Bedeutung der Förderung der europäischen Dimension des Sports unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des Sports, dessen auf freiwilligem Engagement basierenden Strukturen sowie dessen sozialer und pädagogischer Funktion anerkannt. Beihilfen für Infrastrukturen, die mehr als einem Freizeitweck dienen und somit multifunktional sind, sollten ebenfalls unter die Gruppenfreistellung fallen. . . . Die Vereinbarkeitsvoraussetzungen für Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen sollten

vor allem einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu der Infrastruktur gewährleisten sowie eine im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts und der einschlägigen Rechtsprechung der Union erfolgende faire Vergabe der Konzessionen für den Bau, die Modernisierung und/oder den Betrieb der Infrastruktur durch Dritte. Wenn die Infrastruktur von Profisportvereinen genutzt wird, sollten im Interesse von Transparenz und Gleichbehandlung der Nutzer die Nutzungspreise und -bedingungen für diese Vereine öffentlich zugänglich gemacht werden. Eine Überkompensation muss ausgeschlossen sein.“

Der Begriff „Profisport“ wird in Art. 2 Nr. 143 AGVO wie folgt definiert:

„Profisport‘: Ausübung von Sport als entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung (ungeachtet dessen, ob zwischen dem Profisportler/der Profisportlerin und dem betreffenden Sportverband ein formeller Arbeitsvertrag geschlossen wurde), bei der der Ausgleich höher ist als die Teilnahmekosten und einen erheblichen Teil des Einkommens des Sportlers/der Sportlerin ausmacht. Reise- und Übernachtungskosten für die Teilnahme an Sportveranstaltungen werden für die Zwecke dieser Verordnung nicht als Ausgleich betrachtet.“

Für den Profifußball sieht die Kommission diese Voraussetzung bis in die 3. Bundesliga als erfüllt an.⁶⁴⁰ Das hessische „Handbuch Europäisches Beihilferecht“⁶⁴¹ unterscheidet zwischen der Finanzierung des Breiten- und Amateursports und Beihilfen durch die Finanzierung der Infrastruktur und Beihilfen zugunsten einzelner (Profi-)Sportvereine. Im ersteren Fall sei die staatliche Finanzierung in der Regel keine Beihilfe. Denn diese Nutzer seien zumeist nicht wirtschaftlich tätig und unterfielen somit mangels Unternehmenseigenschaft von vornherein nicht dem EU-Beihilferecht. Aber auch soweit Amateur- und Breitensportvereine im Einzelfall wirtschaftlich tätig seien, sei die staatliche Förderung von Freizeit- und Sportinfrastruktur in diesem Bereich nur dann beihilferelevant, wenn diese Vereine als deren Betreiber trotz ihres begrenzten räumlichen Wirkungskreises mit privaten Sportanlagenbetreibern konkurrieren. Dies könne etwa „bei vereinsbetriebenen Fitness, Wellness- oder Funsport-Angeboten“ der Fall sein.

Hierzu ist anzumerken: Dieser Auffassung wird allenfalls hinsichtlich der

Wellnessangebote zu folgen sein, die bereits definitionsgemäß nicht dem Sport zugeordnet werden können. Demgegenüber sind die für die Nutzung durch die Mitglieder bestimmten Fitnessangebote integraler Bestandteil der vereinstypischen Sportdienstleistungen. Hinsichtlich des schwierig zu definierenden Funsports⁶⁴² dürfte eine Differenzierung insofern angebracht sein, als selbst „modische“ Sportarten, bei denen der Aspekt des Leistungssports stärker ausgeprägt ist wie etwa beim Skaten und Snowboard, zum Sport zählen, auch wenn sie der aktuellen Jugendkultur zuzurechnen sind.

Zu beachten ist, dass die Errichtung und der Betrieb von Sportstätten bei einer parallelen, „dualen“ Nutzung durch Amateur- und Profisportvereine zur wirtschaftlichen und damit beihilferelevanten Tätigkeit werden können.

Die staatliche Finanzierung eines Stadionneu- oder -umbaus übersteigt häufig die Schwellenwerte der AGVO. Gleichwohl können derartige staatliche Unterstützungsmaßnahmen im Rahmen des dann erforderlichen Notifizierungsverfahrens von der Kommission nach Artikel 107 Absatz 3 lit. c AEUV genehmigt werden. Die Förderung des Breiten- und Amateursports liegt im gemeinsamen europäischen Interesse (Art. 165 AEUV). Bei der staatlichen Förderung z.B. eines Stadionneu- oder -umbaus ist daher in Anlehnung an die AGVO darauf zu achten, dass neben der Nutzung durch den Profisport stets auch eine allgemeine, diskriminierungsfreie und transparente Nutzungsmöglichkeit für andere interessierte Nutzer wie beispielsweise lokale Sportvereine, den Schul- und Hochschulsport oder auch private und öffentliche Sport- oder Kulturveranstalter besteht. Die Nutzungsbedingungen und etwaige Vorzugsbedingungen zugunsten des Profisports sollten sich an Art. 55 AGVO orientieren.⁶⁴³ Bei Vereinen der 1., 2. und 3. Fußball-Bundesliga in Deutschland geht die Kommission von einer grenzüberschreitenden Wirkung der Förderung aus; ferner auch dann, wenn der Verein an internationalen Turnieren teilnimmt, Gewinne aus dem Verkauf von Übertragungsrechten generiert oder relevante Sponsoring- und Merchandising-Aktivitäten entfaltet. Auch der Transfer von Spielern aus ausländischen Ligen und der Stadionbesuch durch überörtliche Besucher können relevant sein.⁶⁴⁴ Es wird auf die in Abschn. V. dargestellte Entscheidungspraxis hingewiesen.

9. „Testweise“ Anwendung der Art. 2 ff., Art. 55 AGVO im Fall der Kletterhalle eines gemeinnützigen e.V.

Mit der AGVO hat die Kommission in Fortführung ihrer bisherigen Entscheidungen eine Freistellungsmöglichkeit geschaffen, „die der in der Praxis des Breitensports üblichen dualen Nutzung von Sportstätten und multifunktionalen Freizeiteinrichtungen durch den Profi- und den Amateursport Rechnung trägt“.⁶⁴⁵

In Art. 1 Anhang I zur AGVO („KMU-Definition“) ist als „Unternehmen“ definiert „jede Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“. Dazu gehören auch „Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.“ Ein „eigenständiges Unternehmen“ ist jedes Unternehmen, das nicht als Partnerunternehmen i.S. des Art. 3 Abs. 2 oder als verbundenes Unternehmen i.S. des Art. 3 Abs. 3 Anhang I gilt. Dies verdient deswegen Beachtung, weil die EU-Kommission in ihrer Kletterhallen-Entscheidung den *gesamten* in der Bundesrepublik betriebenen Kletterhallenbetrieb zu einem einheitlichen Beurteilungsobjekt zusammengefasst hat.

Die Anforderung, dass die Halle nicht „von einem einzigen Profisportnutzer genutzt“ wird, ist im Falle der DAV-Kletterhalle eines gemeinnützigen e.V. erfüllt. Generell ist wohl davon auszugehen, dass unter „Nutzer“ nicht der einzelne (Profi-)Sporttreibende zu verstehen ist, sondern die Organisation – z.B. der Verein – welche dem Sporttreibenden die Nutzung vermittelt. Die vereinseigene Halle muss „mehreren Nutzern offenstehen“. Art. 55 Nr. 2 AGVO sagt nichts zu dem Fall, dass, wie dies bei Sportvereinszentren wohl immer der Fall ist, die Halle einem einzigen Amateurverein gehört und von diesem allein genutzt wird. Der typische Fall der beihilferelevanten Förderung einer vom gemeinnützigen Rechtsträger errichteten und betriebenen Sportstätte wird in Art. 55 AGVO nicht angesprochen.

10. Anwendung der AGVO im Prüffall SA.38208 (britischer Golfclub)

In ihrer Entscheidung v. 20.04.2015 zum Fall des britischen Golfclubs (SA.38208; s. hierzu Kap. G. VII. 3.)⁶⁴⁶ nimmt die EU-Kommission hilfsweise eine Prüfung am Maßstab der Gruppenfreistellungs-VO RL

651/2014 vor. Dies verdient deswegen Beachtung, weil diese Rechtsnorm nach ihrem Art. 59 erst am 01.07.2014 in Kraft getreten ist. Sie ist nach ihren tatbestandlichen Voraussetzungen nicht anwendbar, weil sie auf Multifunktions-Sportstätten ausgerichtet ist, die an verschiedene Nutzer vermietet werden. Es wird aber in Zukunft zu beachten sein, dass die Kommission die VO – erfreulicherweise – sehr weit auslegt, so dass auch die Sportstätten, welche gemeinnützige Vereine für den eigenen satzungsmäßigen Betrieb nutzen, in den Anwendungsbereich der VO fallen.

XII. Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020

Die Regionalbeihilfeleitlinien 2014-2020⁶⁴⁷ regeln, unter welchen Voraussetzungen die Behörden in den EU-Mitgliedstaaten zur Förderung benachteiligter Gebiete Investitionsbeihilfen an Unternehmen vergeben dürfen.⁶⁴⁸ Die Kommission hat bestimmte Fördergebiete, die aus EU-Sicht benachteiligt sind, vorab definiert, d.h. solche mit besonders hohem Entwicklungsrückstand oder mit dauerhaften Nachteilen. Die Mitgliedstaaten haben in Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip einen Handlungsspielraum zur Bestimmung der Gebiete, in denen Beihilfen gewährt werden dürfen, um ein Entwicklungsgefälle auszugleichen. Auf die überaus komplexen Regularien kann hier nur ergänzend hingewiesen werden. In den Leitlinien wird der Sport nicht angesprochen.

XIII. „Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt“ gem. Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV

Fällt eine Beihilfe nicht unter eine von der EU-Kommission erlassene Leitlinie für die Anwendung von Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV, z.B. unter die Leitlinien für Regionalbeihilfen, kann die EU-Kommission die Beihilfe unmittelbar auf der Grundlage dieser Bestimmung genehmigen.⁶⁴⁹ Die Kommission hat diese Vorschrift angewendet im Zusammenhang mit dem Bau und der Unterhaltung von Multifunktions-Arenen, z.B. denen der Städte Jena⁶⁵⁰ und Erfurt⁶⁵¹, sowie von Fußballstadien in Flandern⁶⁵² und mit dem Eisstadion in Heerenveen.⁶⁵³ Für die Genehmigungsfähigkeit müssen die Mitgliedstaaten ein Marktversagen darlegen und zugleich nachweisen, dass die Kommunen den diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur sicherstellen und marktübliche Entgelte erheben. Die „Kann-Bestimmung“ signalisiert, dass die Kommission einen Ermessensspielraum hat, den sie nach Maßgabe komplexer, sozialer und wirtschaftlicher Wertungen ausübt, „die auf die Gemeinschaft als Ganzes zu beziehen sind“.⁶⁵⁴ Bei der Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV untersucht die Kommission im Allgemeinen, ob die Ausgestaltung der Maßnahme Gewähr dafür bietet, dass die positiven Auswirkungen der Beihilfe im Hinblick auf ein Ziel von gemeinsamem Interesse ihre möglichen negativen Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb überwiegen.⁶⁵⁵

In ihrer Mitteilung zur Modernisierung des Beihilferechts hatte sich die EU-Kommission⁶⁵⁶ dafür ausgesprochen, allgemeine Grundsätze zu erarbeiten und festzulegen, die die Kommission bei der Prüfung der Vereinbarkeit aller Beihilfemaßnahmen anwendet. Die Beihilfepolitik solle sich darauf konzentrieren, die Gewährung von Beihilfen zu erleichtern, „die gut konzipiert und auf Marktversagen bzw. auf im gemeinsamen Interesse liegende Ziele der Union ausgerichtet sind, und die Vergeudung öffentlicher Mittel zu vermeiden“. Ein EU-Dokument, das diese allgemeinen Grundsätze zusammengefasst hätte, gibt es derzeit nicht. Sie lassen sich indes aus einer synoptischen Betrachtung verschiedener Leitlinien ermitteln. In den Leitlinien der EU-Kommission beispielsweise für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften heißt

es generell, für eine Anwendung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV müssten die nachfolgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.⁶⁵⁷

„a) Beitrag zu einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse: Die staatliche Beihilfe muss einem Ziel von gemeinsamem Interesse im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 AEUV dienen;

b) Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen: Die staatliche Beihilfe darf nur dann gewährt werden, wenn sie wesentliche Verbesserungen bewirken kann, die der Markt selbst nicht herbeiführen kann, zum Beispiel durch Behebung von Marktversagen oder Lösung eines Gleichheits- oder Kohäsionsproblems;

c) Geeignetheit der Beihilfemaßnahme: Die Beihilfemaßnahme muss ein geeignetes Instrument für die Verwirklichung des Ziels von gemeinsamem Interesse sein;

d) Anreizeffekt: Die Beihilfe muss dazu führen, dass die betreffenden Unternehmen ihr Verhalten ändern und zusätzliche Tätigkeiten aufnehmen, die sie ohne die Beihilfe nicht, nur in geringerem Umfang, auf andere Weise oder an einem anderen Standort ausüben würden;

e) Angemessenheit der Beihilfe (Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum): Der Beihilfebetrug muss auf das für die Förderung zusätzlicher Investitionen oder Tätigkeiten in dem betreffenden Gebiet erforderliche Minimum begrenzt sein;

f) Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten: Die negativen Auswirkungen der Beihilfe müssen in ausreichendem Maße begrenzt sein, damit die Gesamtbilanz der Maßnahme positiv ausfällt;

g) Transparenz der Beihilfe: Die Mitgliedstaaten, die Kommission, die Wirtschaftsbeteiligten und die interessierte Öffentlichkeit müssen. . . einfachen Zugang zu allen einschlägigen Vorschriften und zu relevanten Informationen über die auf ihrer Grundlage gewährten Beihilfen haben.“

Die gerichtliche Nachprüfung der Ausübung dieses Ermessens ist auf die Überprüfung der Beachtung der Verfahrens- und Begründungsvorschriften sowie auf die Kontrolle der inhaltlichen Richtigkeit der festgestellten Tatsachen und des Fehlens von Rechtsfehlern, von offensichtlichen

Fehlern bei der Bewertung der Tatsachen und von Ermessensmissbrauch beschränkt. Die Kommission ist nicht verpflichtet, dem Prinzip einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb Vorrang vor anderen Vertragszielen einzuräumen. Aus den Entscheidungen der EU-Kommission lassen sich Leitlinien herausarbeiten: Das Förderziel muss klar definiert sein, die Beihilfe muss zur Erreichung des Ziels notwendig sein und darf die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft. Diese Grundsätze hat die Kommission im Falle der Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins beachtet.

Art. 107 Abs. 3 Buchst. d AEUV normiert eine vergleichbare Vorschrift für den Kulturbereich. Die Kommission hat diese Vorschrift auch dann angewendet, wenn der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht mit Sicherheit verneint werden konnte. Die Frage nach der Anwendbarkeit der sog. Kulturklausel in Art. 107 Abs. 3 Buchst. d AEUV auf den Bereich des Sports wurde von den Unionsorganen bislang nicht abschließend beantwortet.⁶⁵⁸ Die Frage, ob auch der Sport zur Kultur gehört, wird in der Literatur⁶⁵⁹ uneinheitlich behandelt. So lässt sich beispielsweise aus verschiedenen Landesverfassungen auf die Anerkennung des Sports als kulturellen Teilbereich bzw. von Sportstätten als kulturelle Einrichtungen schließen.⁶⁶⁰ Diese Frage ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Allerdings muss man im Auge behalten, dass es enge Beziehungen und Entsprechungen zwischen der Förderung des Sports und der Kultur gibt. Eine Antwort auf die Grundsatzfrage, was „Sport“ ist, kann ohne Rückbesinnung auf den kulturellen Hintergrund nicht gegeben werden.

XIV. Exkurs: Staatliche Infrastrukturmaßnahmen und EU-Beihilferecht

Es ist zum Verständnis der Entscheidungspraxis der EU-Kommission zweckmäßig, die Gedankenwelt der AGVO (oben VIII.) nachzuvollziehen und zu diesem Zweck einen Blick auf die beihilferechtliche Behandlung der Bereitstellung von Infrastrukturen zu werfen.

Der Bau und die Unterhaltung von Infrastruktur ist eine allgemeine Staatsaufgabe und je nach Sachlage Gegenstand der Daseinsvorsorge, die nach traditionellem Verständnis der deutschen Staats- und Verwaltungslehre keine wirtschaftlich-unternehmerische Tätigkeit ist.

Auch die EU-Kommission hatte in früheren Entscheidungen bestätigt, dass die Errichtung von Sportinfrastruktur eine Aufgabe des Staates gegenüber der Allgemeinheit ist. Einen grundlegenden Perspektivwechsel hat ihre Entscheidungspraxis zur Verkehrsinfrastruktur gebracht,⁶⁶¹ namentlich auf der Grundlage der EuGH-Entscheidungen zum Flughafen Leipzig/Halle⁶⁶² und zu weiteren Flughäfen.⁶⁶³ Hiernach ist jede Tätigkeit, die auf das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ausgerichtet ist, als wirtschaftlich anzusehen. Die in der Praxis entwickelten Grundsätze sind zusammengefasst in der Mitteilung der EU-Kommission „Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften“ v. 04.04.2014.⁶⁶⁴ Diese sowie weitere Leitlinien können hilfreiche Fingerzeige auch für die Zulässigkeit der staatlichen Förderung von Sportinfrastruktur geben.

Eine Förderung, von der die gesamte Wirtschaft profitiert, fällt nicht unter den Beihilfebegriff. Der Wettbewerb der Mitgliedstaaten durch die Schaffung von Infrastruktureinrichtungen auf ihrem Gebiet ist mit dem gemeinsamen Markt vereinbar. Verboten sind solche Beihilfen, die auf eine Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige gerichtet sind. Dieses Merkmal der Bestimmtheit oder Spezialität dient dazu, staatlichen Fördermaßnahmen, die der gesamten Wirtschaft zugutekommen, wie z.B. der Ausbau der Infrastruktur oder die Erschließung von Gewerbegebieten, aus dem gemeinschaftsrechtlichen Beihilfebegriff herauszunehmen.⁶⁶⁵

Die EU-Kommission trifft die grundlegende Unterscheidung zwischen Beihilfen für Unternehmen, die die Infrastruktur bereitstellen, und zugunsten von Unternehmen, die sie nutzen.⁶⁶⁶ Die Beihilfenprüfung bezieht sich auf verschiedene Ebenen:⁶⁶⁷

1. Nutzerebene. Soweit es um die Finanzierung von Infrastruktur in öffentlicher Trägerschaft geht, ist sicherzustellen, dass die Nutzung allgemeiner Infrastruktureinrichtungen nicht exklusiv ist und die Einrichtungen deswegen allen Unternehmen offen und diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen. Der Zugang aller potenziell interessierten Nutzer zu gleichen Bedingungen muss gewährleistet sein.
2. Eigentümer- / Betreiberebene. Ist der Eigentümer der öffentlich

geförderten Infrastruktur ein privates Unternehmen oder ist ein privates Unternehmen beteiligt, stellen sich besondere Fragen. Z.B. im Falle der Fußballarena Chemnitz ging es um eine dem Betreiber gewährte – etwaige – Beihilfe.

3. Gesellschafterebene. Auf einer dritten Stufe befasst sich die Kommission mit der Begünstigung von Gesellschaftern in ihrer Rolle als Gesellschafter oder Nutzer oder als Beteiligte an der Entwicklung der Infrastruktur.

Auf der Nutzerebene ist offener und diskriminierungsfreier Zugang zur Infrastruktur erforderlich. Das bedeutet, dass alle Nutzer die Anlagen zu den gleichen Bedingungen nutzen können. Sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ des Zugangs werden kontrolliert. Im Zusammenhang mit der Förderung von Sportinfrastruktur hat die Kommission mit der Nutzerebene (zu 1.) zwecks Abgrenzung der allgemeinen Infrastrukturmaßnahmen von den Sonderbegünstigungen das Kriterium der multifunktionalen Nutzung einer Einrichtung eingeführt. Hier geht es um die vielseitige Verwendung der Sportinfrastruktur zu verschiedenen Nutzungszwecken. Z.B. müssen Fußballstadien multifunktional nutzbar sein. Wenn eine Sportstätte dem Profisport und ansonsten in vollem Umfang z.B. dem Breitensport zur Verfügung steht, ist eine „selektive“ Begünstigung nicht denkbar.⁶⁶⁸ Als allgemeine Infrastruktureinrichtungen sind alle Einrichtungen zu verstehen, deren Nutzung nicht exklusiv ist und die deswegen allen Unternehmen diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen.

H. Auf dem Weg zu einem „europäischen Sozialmodell“

I. Vorbemerkungen

Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss⁶⁶⁹ führt in seinem Beschl. v. 16./17.09.2015 aus:

„Das europäische Sozialmodell ist Ausdruck einer einzigartigen Werte- und Kulturgemeinschaft, die Demokratie und Rechtsstaatlichkeit mit sozialer Verantwortung und Solidarität verbindet.“

Beginnend mit der politischen Diskussion über die sog. Dienstleistungsrichtlinie, in der das Europäische Parlament eine Bereichsausnahme für Dienstleistungen gemeinnütziger Träger und insbesondere für Gesundheitsdienstleistungen durchgesetzt hat, ist ein bemerkenswerter Prozess der Diversifizierung grundlegender Rechtsbegriffe in Gang gekommen. Aus den „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ kristallisieren sich die „sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (SDAI; *social services of general interest*) heraus. Diese Entwicklung signalisiert ein neues normatives Programm. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Sozialdienstleistungen, weil auf den Menschen bezogen, ihr sozialstaatliches Markenzeichen haben, das bei der Konstituierung eines allgemeinen und freien Marktes und gleichzeitig eines europäischen Sozialmodells in einen Abwägungsprozess eingebracht werden muss.

Diese Folgerungen gelten auch für die rechtliche Bewertung der Sportdienstleistungen. Die vorstehende Analyse der Entscheidungen der EU-Kommission hat gezeigt: Sie akzeptiert, wenn die Mitgliedstaaten mit der Sportförderung traditionell wahrgenommene Aufgaben erfüllen und damit „anerkannte öffentliche politische Ziele verfolgen“. „Hinsichtlich der Erreichung eines politischen Ziels von allgemeinem Interesse“ stellt die Kommission fest, dass „der Bau von Anlagen für sportliche und andere öffentliche Veranstaltungen und die Unterstützung verschiedener

Aktivitäten, die der Öffentlichkeit zugutekommen, als staatliche Aufgabe angesehen werden können“. Die staatliche Sportförderung ist nach Art. 107 f. AEUV rechens, „wenn ein politisches Ziel von gemeinsamem Interesse verfolgt wird und die öffentliche Finanzierung erforderlich und verhältnismäßig ist und keine unangemessene Wettbewerbsverzerrung verursacht.“

II. Neuerungen im europäischen Primärrecht

Nach Art. 3 Abs. 3 EGV ist der Binnenmarkt (im Vertrag von Maastricht hieß es noch: „mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“) nur eines der Ziele der Union:

„Die Union errichtet einen Binnenmarkt. Sie wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft (!), die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin. Sie fördert den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt.“

Die Bekenntnisse zur sozialen Marktwirtschaft und zum sozialen Fortschritt sind im europäischen Primärrecht ein Novum.⁶⁷⁰

Die Bereitstellung von qualitativ hochwertigen sozialen Diensten von allgemeinem Interesse zu erschwinglichen Preisen ist Teil des europäischen Sozialmodells.⁶⁷¹ Der im Vertrag von Lissabon neu gestaltete Art. 14 i.V. mit Art. 106 AEUV justiert die Daseinsvorsorge materiell- und kompetenzrechtlich neu. Dies wird subjektiv-rechtlich gestützt durch die Grundrechte-Charta der EU und durch die Europäische Sozialcharta (nachfolgend III). Einschlägig ist ferner das von der niederländischen Regierung zwecks Erhaltung des nationalen Sozialwohnungswesens durchgesetzte Protokoll Nr. 26 „Über Dienste von allgemeinem Interesse“ (s. oben [S. 15](#)). Dieses Protokoll erlangt in der europäischen Rechtsordnung zunehmend Bedeutung. So heißt es in der Begründungserwägung Nr. 7 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU v. 26.02.2004

„Die Befugnis der nationalen, regionalen und lokalen Behörden, im

Einklang mit Artikel 14 AEUV und mit dem AEUV und dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) beigefügten Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren, sollte ebenfalls unberührt bleiben. Des Weiteren befasst sich die Richtlinie nicht mit der Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder mit den Systemen der von den Mitgliedstaaten insbesondere auf sozialem Gebiet im Einklang mit den Wettbewerbsvorschriften der Union gewährten Beihilfen.“

Der Bundesrat⁶⁷² hat bereits im Jahre 2008 angemahnt, dass dieses Protokoll den weiten Ermessensspielraum der regionalen und lokalen Behörden unterstreiche, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dergestalt in Auftrag zu geben und zu organisieren sind, dass sie den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechen.

„Dies gibt der Kommission den klaren Auftrag, die Grundsätze der Daseinsvorsorge bei ihren vergabe- und beihilferechtlichen Festlegungen stärker als bisher zu beachten.“

Am 26.04.2006 hat die EU-Kommission⁶⁷³ die „Mitteilung zu Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU“ veröffentlicht, die erstmals die besonderen Merkmale der sozialen Dienstleistungen beschreibt. Zu den dort vermerkten Besonderheiten zählt, dass diese Dienstleistungen personenbezogen und unmittelbar auf die Ermöglichung des Zugangs zu sozialen Grundrechten und die Erreichung des sozialen Zusammenhalts ausgerichtet sind. Im Hinblick auf diese Ziele basieren die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse auf dem Grundsatz der Solidarität und erfordern häufig die Mitarbeit Freiwilliger und den Einsatz von Organisationen ohne Erwerbszweck. In der vorliegenden Mitteilung stellt die Kommission fest, dass die Besonderheiten von Sozialdienstleistungen nicht ausschließlich über Wirtschafts- und Wettbewerbsgesetze zu regeln sind, wenn der Charakter, die Funktion und der gesellschaftliche Auftrag bewahrt werden sollen.

III. Grundrechte-Charta und Europäische Sozialcharta

Art. 36 der Charta der Grundrechte der EU (Grundrechte-Charta –

GrdRCh) verbürgt „in Einklang mit Art. 14 AEUV“ in Verbindung mit dem Protokoll Nr. 26 zum AEUV⁶⁷⁴ den – so die amtliche Überschrift der Vorschrift – „Zugang zu den Sozialdienstleistungen“. Die Vorschrift lautet:

„Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.“

Diese Gewährleistung hat – so auch die EU-Kommission⁶⁷⁵ – denselben normenhierarchischen Rang wie die EU-Verträge.

Für die im Europarat zusammengeschlossenen Staaten ist auch Art. 14 der Europäischen Sozialcharta einschlägig. Diese Norm ist zwar nicht Bestandteil des europäischen Primärrechts, sollte aber mit ihrem Geltungsanspruch ernst genommen werden:

„Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Inanspruchnahme sozialer Dienste zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

- 1. Dienste zu fördern oder zu schaffen, die unter Anwendung der Methoden der Sozialarbeit zum Wohlbefinden und zur Entfaltung des einzelnen und der Gruppen innerhalb der Gemeinschaft beitragen, sowie zu ihrer Anpassung an die soziale Umgebung;*
- 2. bei der Bildung und Durchführung dieser Dienste Einzelpersonen und freie oder andere Organisationen zur Beteiligung anzuregen.“*

IV. Entschließungen des Europäischen Parlaments

Das EU-Parlament eröffnet mit der Fortentwicklung der DAWI zu „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (SDAI) eine neue, auf ein europäisches Sozialmodell gerichtete Perspektive. Dies entspricht dem Stellenwert des Europäischen Sozialmodells, welches das BVerfG in seinem Urteil zum Lissabon-Vertrag nachdrücklich eingefordert hat.

Das Europäische Parlament hat das Verhältnis von Europäischem Sozialmodell und der Herstellung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt „vom Kopf auf die Füße gestellt“, indem es den Vorrang der

„Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ herausstreicht. In seiner Entschließung v. 14.03.2007⁶⁷⁶ zu den „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU“ heißt es:

Das Europäische Parlament

....

4. begrüßt, dass die Kommission den besonderen Charakter der wichtigsten Elemente, die die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse ausmachen und die sie von anderen Dienstleistungsarten unterscheiden, anerkennt; ist jedoch der Ansicht, dass die Organisationskriterien, die der Mitteilung der Kommission über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse zufolge die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse charakterisieren, nur vorläufig und als Anhaltspunkte akzeptiert werden können, solange endgültigere Schlussfolgerungen noch ausstehen, die aus dem Konsultationsprozess zu erwarten sind, zu dem sich die Kommission mit den Mitgliedstaaten und den Erbringern und Nutzern der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse verpflichtet hat;

5. hält ein Konzept der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse für verfehlt, das von einem künstlichen Nebeneinander zwischen den Vorschriften für den Wettbewerb, den staatlichen Beihilfen und dem Binnenmarkt einerseits und den Begriffen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, des allgemeinen Interesses und des sozialen Zusammenhalts andererseits ausgeht; hält es im Gegenteil für notwendig, sie miteinander in Einklang zu bringen, indem eine positive Synergie zwischen wirtschaftlichen und sozialen Aspekten gefördert wird; bekräftigt nichtsdestoweniger, dass im Fall der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse die Vorschriften für Wettbewerb, staatliche Beihilfen und Binnenmarkt mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vereinbar sein müssen und nicht umgekehrt;

6. anerkennt, dass im Rahmen der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse zwei Faktoren miteinander rivalisieren, die unbedingt in Einklang gebracht werden müssen: auf der einen Seite der Grundsatz der Subsidiarität, der die Freiheit der Behörden der Mitgliedstaaten bekräftigt, die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse nach ihrem eigenen Verständnis zu definieren, zu organisieren und zu

finanzieren, sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und auf der anderen Seite die Mitverantwortung der Gemeinschaft laut Vertrag, insbesondere aufgrund des Artikels 16, und das Vorhandensein von Werten und grundlegenden Prinzipien, die Europa gemeinsam sind und die von allen geachtet werden müssen, indem gewährleistet wird, dass die Vorschriften über die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse die Menschenrechte und die Würde des Menschen achten . . .“

In der Entschließung des Europäischen Parlaments v. 05.07.2011⁶⁷⁷ über die Zukunft der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse wird zusätzlich der EU-primärrechtliche Grundsatz der Subsidiarität herausgehoben, wie er auch im Protokoll Nr. 26 über die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse angesprochen wird:

Das Europäische Parlament

„rundrechte und Universalität“ . . .

„7. betont, dass die Einstufung von Sozialdienstleistungen als Leistungen von allgemeinem Interesse nicht davon abhängt, in welchem Bereich, sondern wie sie erbracht werden, wobei es dafür verschiedene Anhaltspunkte wie zum Beispiel das Kriterium der Gemeinnützigkeit oder die fehlende Auswahl der Begünstigten gibt;

8. betont, dass in Bezug auf SDAI das Subsidiaritätsprinzip Vorrang vor Binnenmarktregeln haben muss;

9. unterstreicht, dass grundsätzlich die Entscheidung über Ausgestaltung, Finanzierung und Erbringung von Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI) in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und der lokalen Behörden liegen muss; respektiert und unterstützt diesen Grundsatz und fordert die europäischen Organe nachdrücklich auf, sich diesem Standpunkt anzuschließen . . .

14. unterstreicht hier, dass es wichtig ist, die soziale Dimension des Binnenmarktes zu verstärken und dem spezifischen Charakter der SDAI – mit Schwerpunktsetzung auf einem pragmatischen Ansatz, bei dem Zugänglichkeit, der universale Charakter, die Fairness, die Qualität und die Effizienz dieser Dienste an erster Stelle stehen – besser Rechnung zu tragen;

Schwachstellen im Regelungsrahmen für SDAI . . .

38. *unterstreicht, dass die EU und die Mitgliedstaaten nach den Verträgen verpflichtet sind, eine soziale Marktwirtschaft zu entwickeln und das europäische Sozialmodell aufrechtzuerhalten; unterstreicht, dass es den Mitgliedstaaten und den lokalen Behörden möglich sein muss, unter Nutzung aller verfügbaren Optionen selbst darüber zu entscheiden, wie die SDAI finanziert und erbracht werden sollen (ob direkt oder anderweitig), einschließlich von Alternativen zur Ausschreibung, um auf diese Weise sicherzustellen, dass ihre sozialen Zielvorgaben verwirklicht werden und nicht durch die Anwendung von Binnenmarktvorschriften auf nicht marktgebundene Dienstleistungen behindert werden . .*

40. *verweist auf seine . . . Erklärung vom 10.03.2011 zu der Einführung Europäischer Statute für Gesellschaften auf Gegenseitigkeit, Verbände und Stiftungen und der Notwendigkeit einer stärkeren und umfassenderen Anerkennung der im Bereich der Bereitstellung von SDAI tätigen sozialwirtschaftlichen Akteure, einschließlich von Modellen wie Genossenschaften, die im Bereich der Erbringung von SDAI aktiv sind, und des organisatorischen Aufbaus und der Funktionsweise der Sozialwirtschaft.“*

Zur Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse heißt es⁶⁷⁸.

Das Europäische Parlament . . .

„13. *unterstreicht, dass die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen gemäß Artikel 106 Absatz 2 AEUV den Bestimmungen über das Verbot und die Kontrolle staatlicher Beihilfen nur insoweit unterliegen, als die Anwendung solcher Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen von den nationalen, regionalen oder lokalen Behörden übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert; . . .*

33. *weist darauf hin, dass die Erbringer von DAWI unterschiedlichen Status haben, wie Vereine, Stiftungen, Freiwilligen- und Gemeinschaftsorganisationen, gemeinnützige Organisationen oder soziale Unternehmen; verweist darauf, dass einige von ihnen lediglich auf lokaler Ebene arbeiten, keine gewerblichen Tätigkeiten ausüben und Gewinne aus*

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vor Ort reinvestieren;. . .“

Die Entschließung des Europäischen Parlaments v. 11.12.2013 zu dem Jahresbericht über die Wettbewerbspolitik der EU⁶⁷⁹ hebt die „sozialen Aspekte“ hervor:

„Das Europäische Parlament . . .

102. weist darauf hin, dass das Subsidiaritätsprinzip, die demokratische Kontrolle und die Förderung des öffentlichen Interesses zu den Grundprinzipien der Europäischen Union gehören;

103. hebt hervor, dass die Mitgliedstaaten und die lokalen Behörden gemäß den allgemeinen Grundsätzen der Verträge (Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit) frei darüber entscheiden können müssen, wie Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse finanziert und organisiert werden sollen; weist in diesem Zusammenhang auf die sozialpolitischen Ziele der EU sowie darauf hin, dass die Qualität, Zugänglichkeit und Effizienz dieser Dienste gefördert werden müssen, und zwar unabhängig davon, ob sie von öffentlichen oder privaten Anbietern erbracht werden.“

V. Dokumente der EU-Kommission

Es wird zunächst Bezug genommen auf die Mitteilung zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (Abschn. G. IV. 5.).

Die EU-Kommission⁶⁸⁰ bemerkt in ihrem Weißbuch Sport: Gemeinnützige sportliche Aktivitäten, die zum sozialen Zusammenhalt und zur gesellschaftlichen Integration benachteiligter Bevölkerungsgruppen beitragen, können als Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse angesehen werden. Das Europäische Parlament⁶⁸¹ hat dies ausdrücklich begrüßt; es hat die Kommission aufgefordert, „den Sport dementsprechend zu behandeln“.

Bei der Überarbeitung des Vergaberechts rückt die Kommission – stillschweigend und wohl noch nicht „flächendeckend“ – von ihrer bislang strikt wettbewerbsorientierten Linie ab. In dem Vorschlag für die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe KOM(2011) 897 endg. v. 20.12.2011 heißt es in den

Begründungserwägungen:

(21) *Es ist es angezeigt, „von der vollständigen Anwendung der Richtlinie nur diejenigen Dienstleistungen auszunehmen, die von begrenztem grenzübergreifenden Interesse sind, nämlich die sogenannten personenbezogenen Dienstleistungen z. B. im Sozial-, Gesundheits- oder Bildungsbereich. Diese Dienstleistungen werden vor einem besonderen Hintergrund erbracht, der sich in den einzelnen Mitgliedstaaten aufgrund unterschiedlicher kultureller Traditionen stark unterschiedlich darstellt“.*

(22) *„ . . . Angesichts der Bedeutung des kulturellen Kontexts und des sensiblen Charakters dieser Dienstleistungen sollte den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden, damit sie die Auswahl der Dienstleister in einer Weise organisieren können, die sie für am besten geeignet erachten. . . . Die Vorschriften dieser Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten nicht davon abhalten, spezifische Qualitätskriterien für die Auswahl von Dienstleistern anzuwenden, wie etwa die Kriterien, die in dem vom Ausschuss für Sozialschutz der Europäischen Union definierten Europäischen Qualitätsrahmen für Sozialdienstleistungen festgelegt wurden. . . Den Mitgliedstaaten und/oder Behörden steht es auch künftig frei, diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe von Konzessionen verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen.“*

Damit werden zu Recht Formulierungen des Protokolls Nr. 26 über die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aufgenommen.

VI. Empfehlungen des Bundesrats

Hervorzuheben ist, dass der Bundesrat dasjenige deutsche Verfassungsorgan ist, das sich – ständig – gegen eine Überbetonung des Marktliberalismus wendet. In den Empfehlungen der Ausschüsse v. 04.02.2008⁶⁸² heißt es:

„Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Sozialdienstleistungen eines der wichtigsten Elemente zur Stärkung des sozialen Zusammenhalts in der EU sind. Die soziale Dimension des europäischen Binnenmarkts wurde bisher beträchtlich unterschätzt und zu einseitig unter

Wettbewerbsgesichtspunkten betrachtet. Stattdessen muss die Binnenmarktpolitik von Anfang an die sozialen Auswirkungen ihrer Politik analysieren und möglichst positiv gestalten. Der Bundesrat fordert deshalb, nicht die Sozialdienstleistungen unter Binnenmarktgesichtspunkten zu betrachten, sondern den Binnenmarkt auch unter sozialen Gesichtspunkten zu gestalten. Da es kein einheitliches „europäisches Sozialmodell“ gibt, gilt es dabei, die Vielfalt und Unterschiede der einzelstaatlichen Modelle zu berücksichtigen.“

„Der Bundesrat begrüßt es in diesem Zusammenhang besonders, dass der Reformvertrag ein „Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse“ enthält, das die Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse hervorhebt. Durch dieses Protokoll werden die Vielfalt der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die vorrangige Kompetenz der Mitgliedstaaten für deren Erbringung anerkannt. Der Bundesrat hebt vor allem hervor, dass das Protokoll ausdrücklich den weiten Ermessensspielraum der regionalen und lokalen Behörden unterstreicht, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind. Dies gibt der Kommission den klaren Auftrag, die Grundsätze der Daseinsvorsorge bei ihren vergabe- und beihilferechtlichen Festlegungen stärker als bisher zu beachten.“

„Der Bundesrat stellt fest, dass auch nach dem zu erwartenden Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon keine EU-Kompetenzen im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse bestehen. Dies ergibt sich aus Artikel 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU und aus Artikel 2 des Protokolls über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Daher ist in diesem Bereich nicht nur weiterhin die Geltung der Wettbewerbs- und Binnenmarktvorschriften ausgeschlossen, sondern werden auch künftig keine Anwendungsbereiche für allgemeine vertragliche Regelungen (wie z. B. das von der Kommission angesprochene Diskriminierungsverbot) gesehen.“

In seinem Beschl. v. 27.05.2011⁶⁸³ zur Mitteilung der EU-Kommission KOM(2011) 146 endg „Reform der EU-Beihilfevorschriften über

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ betont der Bundesrat in diesem Zusammenhang die besondere Bedeutung der sozialen Dienste für den sozialen Zusammenhalt. Die Funktionsfähigkeit der vielfach auch von bürgerschaftlichem Engagement getragenen sozialen Dienste müsse gewährleistet sein.

„Die Binnenmarkt- und Wettbewerbspolitik muss daher von Anfang an die sozialen Auswirkungen berücksichtigen, den Binnenmarkt auch unter sozialen Gesichtspunkten gestalten und Europa damit ein „soziales Gesicht“ geben. Dabei ist insbesondere der Vielfalt und den Unterschieden der einzelstaatlichen Sozialmodelle Rechnung zu tragen.“

Zugleich betont der Bundesrat, dass die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum bzw. Beurteilungsspielraum bei der Frage hätten, was sie als Aufgabe der Daseinsvorsorge definieren. Die Kontrolle der Kommission sei insoweit auf Fälle des Rechtsmissbrauchs oder willkürlicher Definitionen durch die Mitgliedstaaten im Einzelfall beschränkt. Die Anwendung der beihilferechtlichen Regelungen auf die Dienste von allgemeinem Interesse dürfe diesen Ermessensspielraum nicht mehr als notwendig beschneiden.

VII. Richtungsweisend: Bereichsausnahmen für Sozialdienstleistungen / gemeinnützige Träger im Vergaberecht

Am 28.03.2014 sind die neuen EU-Vergaberichtlinien im EU-Amtsblatt veröffentlicht worden. Die drei Rechtsakte zur Modernisierung des EU-Vergaberechts sind am 17.04.2014 in Kraft getreten und müssen innerhalb von zwei Jahren in das deutsche Recht umgesetzt werden. Die Modernisierung des EU-Vergaberechts umfasst insgesamt drei Richtlinien:

- Richtlinie 2014/24/EU v. 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe (Amtsblatt EU v. 28.03.2014 - L 94/65);
- Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, RL 2014/25/EU v. 28.03.2014, Amtsblatt EU L 94/243)
- Richtlinie über die Konzessionsvergabe (neue Konzessions-Richtlinie, RL 2014/23/EU Amtsblatt EU v. 28.03.2014 L 94/1).

Die Richtlinien enthalten deutliche Hinweise auf die Besonderheiten der Sozialdienstleistungen. Z.B. heißt es in den Begründungserwägungen Nrn. 53 f. der Konzessionsrichtlinie:

„(53) . . Die Mitgliedstaaten sollten gewährleisten, dass es öffentlichen Auftraggebern und Auftraggebern gestattet ist, der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, für Innovationen zu sorgen sowie gemäß Artikel 14 AEUV und gemäß dem Protokoll Nr. 26 ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte sicherzustellen.

Angeichts der Bedeutung des kulturellen Kontexts und des sensiblen Charakters dieser Dienstleistungen sollte den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden, damit sie die Auswahl der Dienstleister in einer Weise organisieren können, die sie für am besten geeignet erachten. Diese Richtlinie sollte dem nicht entgegenstehen, dass die Mitgliedstaaten bei der Auswahl von Dienstleistern spezifische Qualitätskriterien anwenden, wie etwa die gemäß dem freiwilligen europäischen Qualitätsrahmens für Sozialdienstleistungen des Ausschusses für Sozialschutz der Europäischen Union. Den Mitgliedstaaten und/oder Behörden steht es auch künftig frei, diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe von Konzessionen verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen — ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten — für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber vorab festgelegten Kriterien erfüllen; Voraussetzung ist, dass ein solches System eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt.“

Speziell zu gemeinnützigen Organisationen sagt Nr. 36 der Begründungserwägungen zur Konzessionsrichtlinie (ähnlich Rdnr. 28 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe):

„Diese Richtlinie sollte nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie

festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten. Diese Ausnahme sollte allerdings nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher ausdrücklich festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen sein sollte.“

VIII. Initiativstellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses v. 05.01.2016

Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss⁶⁸⁴ hat in seiner Initiativstellungnahme v. 15.01.2016 „Grundsätze wirksamer und verlässlicher Sozialleistungssysteme“ konkrete Vorschläge für sozialpolitische Grundsätze im Bereich der Sozialleistungssysteme vorgelegt. Ziel der Stellungnahme ist eine bessere Wirksamkeit und Verlässlichkeit der Leistungen sowohl des sozialen Schutzes wie auch der sozialen Sicherheit und der Gesundheitssysteme, unabhängig von der Art des Leistungserbringers und der Art der Leistung. Der EWSA zielt dabei vor allem auf die sozialrechtliche und finanzielle Sicherstellung zeitgemäßer und gemeinwohlorientierter Sozialdienstleistungen in allen EU-Staaten. Zum „Prinzip der Gemeinwohlorientierung“ (Rn. 4.12.) fordert der Ausschuss:

„Besonders gemeinwohlorientierte und beteiligungsfreundliche Unternehmens- und Organisationsformen wie Not-For-Profit-Organisationen, Sozialunternehmen, öffentliche Dienste, Vereine, bestimmte Arten von Stiftungen und Genossenschaften, Nutzerorganisationen und andere zivilgesellschaftliche Akteure sollten geeignete finanzielle und rechtliche Bedingungen vorfinden.“

IX. Fazit

Die vorstehenden Zitate belegen, dass sich die Grundanschauungen des europäischen Rechts hin zu einem europäischen Sozialmodell fortentwickeln. Der Dritte Sektor muss darum kämpfen, dass die für ihn angemessenen rechtlichen Rahmenbedingungen geschaffen werden.

I. Handlungsempfehlungen

I. Vorbemerkungen – die Bedeutung der Beihilfe-Leitlinien

Auch die Sportvereine und die Sportverbände haben „die Gesetze des Marktes entdeckt“ und sind dabei, dienstleistungsorientierte Infrastrukturen zu entwickeln. Prototypisch hierfür ist die Errichtung von Sportvereinszentren. Dies führt zu wettbewerbsrechtlichen Problemen, die auf der Grundlage des § 65 AO und der Art. 107 f. AEUV zu lösen sind. Mit der Überlassung der Sportinfrastruktur an Mitglieder unterhält der Verein einen steuerlichen Zweckbetrieb; der Anwendungsbereich der auf gemeinnützige Vereine ausgerichteten staatlichen Sportförderung wird eröffnet. Die Überlassung an Nichtmitglieder ist ein nichtprivilegierter wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, der ertrag- und umsatzsteuerrechtlich (UStG, MwStSystRL) nach dem allgemeinen Steuergesetz behandelt wird. Mangels Privilegierung stellt sich kein Wettbewerbsproblem.

Die Kommission hat in ihrer Mitteilung zur Modernisierung des EU-Beihilferechts⁶⁸⁵ herausgestellt, dass sich die Beihilfepolitik darauf konzentrieren sollte, die Gewährung von Beihilfen zu erleichtern, die gut konzipiert und auf Marktversagen bzw. auf im gemeinsamen Interesse liegende Ziele der Union ausgerichtet sind, und die Vergeudung öffentlicher Mittel zu vermeiden. Mit staatlichen Beihilfen kann unter bestimmten Voraussetzungen einem Versagen des Marktes entgegengewirkt werden, was dem effizienten Funktionieren der Märkte und der Wettbewerbsfähigkeit zugutekommt. Vor diesem gedanklichen Hintergrund hat die EU-Kommission branchenbezogene Leitlinien für die Anwendung der Art. 107 f. AEUV erlassen.⁶⁸⁶ Diese haben u.a. den Zweck, die Voraussetzungen zu erläutern, unter denen eine öffentliche Förderung eine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 AEUV darstellen kann und solche Beihilfen „dann für nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können“. ⁶⁸⁷ Nähere Ausführungen zur Anwendung des Ermessens enthalten z.B. Abschn. 5 der Leitlinien für staatliche Beihilfe für

Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften.⁶⁸⁸ Es wird auch konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen Beihilfen sozialer Art als nach Art. 107 Abs. 2 Buchst. a AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden.⁶⁸⁹

In seinem Urt. v. 09.06.2016⁶⁹⁰ betont das EuG, dass die Kommission durch den Erlass von Verhaltensnormen und die durch ihre Veröffentlichung erfolgte Ankündigung, dass sie diese von nun an auf die von ihnen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung ihres Ermessens selbst beschränkt und von diesen Normen nicht abweichen kann, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde. So ist die Kommission im speziellen Bereich der staatlichen Beihilfen an die von ihr erlassenen Unionsrahmen und Mitteilungen gebunden, soweit sie nicht von den Vorschriften des Vertrags abweichen und soweit sie von den Mitgliedstaaten akzeptiert werden.

Zulässig sind nur staatliche Beihilfen, „die angemessen und erforderlich sind, um ein Ziel von gemeinsamem Interesse voranzubringen.“⁶⁹¹ Es ist der Rechtsentwicklung förderlich, diese Leitlinien im Einzelnen zu analysieren. Beispielsweise wird die in den Flughäfen-Leitlinien niedergelegte Auffassung der EU-Kommission⁶⁹² zu berücksichtigen sein, dass Betriebsbeihilfen grundsätzlich eine stark wettbewerbsverfälschende Art der Beihilfe darstellen und dass sie daher nur unter außergewöhnlichen Umständen genehmigt werden können. Gleiches gilt für die Fragen, unter welchen Voraussetzungen für Zwecke der rechtlichen Beurteilung wirtschaftliche Einheiten gebildet werden können⁶⁹³ und welche nicht notwendigerweise branchenaffinen Zusatzleistungen gesondert zu beurteilen sind.⁶⁹⁴ Nicht alle Tätigkeiten eines Rechtsträgers müssen solche wirtschaftlicher Art sein.⁶⁹⁵ Öffentliche Fördermittel für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sind keine staatlichen Beihilfen, sollten aber strikt auf den Ausgleich der durch sie entstehenden Kosten begrenzt werden und dürfen nicht zur Finanzierung anderer Tätigkeiten verwendet werden.⁶⁹⁶ Jede Überkompensation von im Zusammenhang mit nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten angefallenen Kosten seitens des Staates kann eine staatliche Beihilfe darstellen. Übt ein Rechtsträger neben seinen

wirtschaftlichen Tätigkeiten auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten aus, sind getrennte Kostenrechnungen erforderlich, um eine Übertragung öffentlicher Mittel zwischen den nichtwirtschaftlichen und den wirtschaftlichen Tätigkeiten zu verhindern.⁶⁹⁷

Bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Beihilfemaßnahme mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV untersucht die Kommission im Allgemeinen, ob die Ausgestaltung der Maßnahme Gewähr dafür bietet, dass die positiven Auswirkungen der Beihilfe für ein Ziel von gemeinsamem Interesse ihre möglichen negativen Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb überwiegen.⁶⁹⁸ In der Leitlinie Luftverkehr⁶⁹⁹ heißt es hierzu:

„Beihilfemaßnahmen werden als nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. a AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar erachtet, sofern die nachstehenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- a) Beitrag zu einem genau definierten Ziel von gemeinsamem Interesse: Die staatliche Beihilfe muss einem Ziel von gemeinsamem Interesse im Sinne des Artikels 107 Absatz 3 AEUV dienen;*
- b) Erforderlichkeit staatlicher Maßnahmen: Die staatliche Beihilfe darf nur dann gewährt werden, wenn sie wesentliche Verbesserungen bewirken kann, die der Markt selbst nicht herbeiführen kann, zum Beispiel durch Behebung von Marktversagen oder Lösung eines Gleichheits- oder Kohäsionsproblems;*
- c) Geeignetheit der Beihilfemaßnahme: Die Beihilfemaßnahme muss ein geeignetes Instrument für die Verwirklichung des Ziels von gemeinsamem Interesse sein;*
- d) Anreizeffekt: Die Beihilfe muss dazu führen, dass die betreffenden Unternehmen ihr Verhalten ändern und zusätzliche Tätigkeiten aufnehmen, die sie ohne die Beihilfe nicht, nur in geringerem Umfang, auf andere Weise oder an einem anderen Standort ausüben würden;*
- e) Angemessenheit der Beihilfe (Beschränkung der Beihilfe auf das erforderliche Minimum): Der Beihilfebetrug muss auf das für die Förderung zusätzlicher Investitionen oder Tätigkeiten in dem betreffenden Gebiet erforderliche Minimum begrenzt sein;*
- f) Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten: Die negativen*

Auswirkungen der Beihilfe müssen in ausreichendem Maße begrenzt sein, damit die Gesamtbilanz der Maßnahme positiv ausfällt;

- g) Transparenz der Beihilfe: Die Mitgliedstaaten, die Kommission, die Wirtschaftsbeteiligten und die interessierte Öffentlichkeit müssen, wie in Abschnitt 8 .2 dargelegt, einfachen Zugang zu allen einschlägigen Vorschriften und zu relevanten Informationen über die auf ihrer Grundlage gewährten Beihilfen haben.“*

Diese Voraussetzungen werden im zitierten Dokument⁷⁰⁰ branchenspezifisch konkretisiert.

Die Kommission hält weitere Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz von staatlichen Beihilfen in der Union für erforderlich. Insbesondere müssen Maßnahmen ergriffen werden um sicherzustellen, dass der volle Wortlaut aller einschlägigen Beihilferegelungen und einschlägige Informationen über Einzelbeihilfen für die Mitgliedstaaten, die Wirtschaftsbeteiligten, die interessierte Öffentlichkeit und die Kommission leicht zugänglich sind.⁷⁰¹

II. Dimensionierung von Sportinfrastruktur

1. Überlassung an Mitglieder und Nichtmitglieder

Bereits nach der nationalen Idee des Zweckbetriebs muss die Sportinfrastruktur zweckgerichtet, m.a.W. funktional sein. Wohl sehr kleinlich ist die Perspektive des Finanzministeriums Baden-Württemberg, wenn es die Sauna eines vereinseigenen Sportzentrums aus dem ideellen Bereich herausnehmen will. Dies zeigt jedenfalls das Problem auf: Nach nationalem Gemeinnützigkeitsrecht führt die Nutzungsüberlassung an Mitglieder und – „zu unterschiedlichen Nutzungsbedingungen“ – an Nichtmitglieder grundsätzlich zu zwei verschiedenen Betrieben mit jeweils eigenem (steuerrechtlichen) „Schicksal“. Eine Ausnahme hiervon machen die Rechtsprechung und in ihrem Gefolge die Finanzverwaltung bei einer Nutzung durch Nichtmitglieder – „de minimis“ – von unter 10 v.H. Der DAV hatte gegenüber der EU-Kommission vorgetragen, der Anteil der Nichtvereinsmitglieder an der Hallennutzung werde sich insgesamt voraussichtlich auf 7,5 v.H. belaufen. Dies ist eine Verhältniszahl, die auch gemeinnützigkeitsrechtlich zu akzeptieren ist.

Öffentliche Fördermittel für derartige nichtwirtschaftliche Tätigkeiten stellen keine staatlichen Beihilfen dar, sollten aber strikt auf den Ausgleich der durch sie entstehenden Kosten begrenzt werden und dürfen nicht stattdessen zur Finanzierung anderer Tätigkeiten verwendet werden.

2. Das gemeinnützigkeitsrechtliche Prinzip der Sparsamkeit

Für das Gemeinnützigkeitsrecht gilt generell das Gebot der Sparsamkeit. In vielen Stiftungssatzungen heißt es: „Der Vorstand hat das Stiftungsvermögen gewissenhaft und sparsam zu verwalten“.⁷⁰² Der gemeinnützige Rechtsträger ist gewissermaßen Treuhänder öffentlicher Mittel – dies offenkundig, wenn mit dem Instrument des Zuwendungsrechts Subventionen gewährt werden – die ihrerseits dem haushaltsrechtlichen Gebot der Sparsamkeit⁷⁰³ unterliegen. Dem Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung – dies sind vor allem: unternehmensbezogene Gesichtspunkte, insbesondere eine effektive Leistungserbringung sowie wirtschaftliches und sparsames Verhalten – wird Verfassungsrang zugeschrieben.⁷⁰⁴ Die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Leistungserbringung stellen legitime Gesetzesziele bei ausgabeträchtigen Regelungen dar.⁷⁰⁵ § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Kosten- und Leistungsrechnung“ schreibt vor:

- (1) Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.*
- (2) Für alle finanzwirksamen Maßnahmen sind angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen.*
- (3) In geeigneten Bereichen soll eine Kosten- und Leistungsrechnung eingeführt werden.*

Einen inhaltsgleichen § 8 gibt es z.B. in der Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg (LHO) v. 19.10.1971. Das Gebot der sparsamen Mittelverwendung folgt auch – ausdrücklich – aus allen Haushaltsordnungen der Länder.

Die Sparsamkeit ist auch ein Grundsatz der Haushaltsführung der EU.⁷⁰⁶

Bei der direkten Vergabe von Mitteln ist die Behörde an den allgemeinen

Haushaltsgrundsatz gebunden, dass Zuwendungen nur gewährt werden dürfen, wenn der Zuwendungsgeber an der Erfüllung des Zweckes, für den diese gewährt werden, ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann (§ 26 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 i.V.m. § 14 Haushaltsgrundsätzegesetz) und bei der Gewährung von Zuwendungen zu bestimmen ist, wie die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendungen nachzuweisen ist (§ 26 Abs. 1, Abs. 2 Haushaltsgrundsätzegesetz). Entsprechendes gilt auch bei den steuerlichen Vergünstigungen des Gemeinnützigkeitsrechts.

3. Das Gebot der ausschließlichen Verfolgung ideeller Zwecke

Das Gebot der Ausschließlichkeit (§ 56 AO) setzt der wirtschaftlichen Tätigkeit gemeinnütziger Organisationen Grenzen: Eine gemeinnützige Körperschaft muss ihren satzungsmäßigen Zweck ausschließlich verfolgen. Die Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes ist mithin nur dann unschädlich, wenn sie um des gemeinnützigen Zwecks willen erfolgt, indem sie z.B. der Beschaffung von Mitteln zur Erfüllung der gemeinnützigen Aufgabe dient. Ist der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb dagegen nicht dem gemeinnützigen Zweck untergeordnet, sondern ein davon losgelöster Zweck oder gar der Hauptzweck der Betätigung der Körperschaft, so scheitert deren Gemeinnützigkeit an § 56 AO. In einem solchen Fall kann die Betätigung der Körperschaft nicht in einen steuerfreien und einen steuerpflichtigen Teil aufgeteilt werden; vielmehr ist dann die Körperschaft insgesamt steuerpflichtig.⁷⁰⁷

4. Gemeinnützigkeitsrechtliches Gebot: Vermeidung von Leerressourcen

Die Sportinfrastruktur muss mit Blick auf die prospektive Nutzung durch die Mitglieder dimensioniert werden, wobei eine voraussichtlich ansteigende Nachfrage berücksichtigt werden kann. Wird eine Sportanlage von Vorneherein auch für eine Nutzung durch Nichtmitglieder geplant, werden damit ideell gebundene Mittel für die Gründung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs verwendet, was gemeinnützigkeitsrechtlich unzulässig ist. Andererseits ist eine Vermarktung von etwaigen zwangsläufigen Leerressourcen durch Überlassung an Nichtmitglieder zulässig; dies kann sogar im Sinne einer

effektiven Mittelverwendung geboten sein. Hüttemann⁷⁰⁸ vertritt daher zu Recht die Auffassung, dass ein gemeinnütziger Träger auch wegen zu geringer Tätigkeit der Mittelbeschaffungsbetriebe gegen das Gebot der Ausschließlichkeit (§ 56) verstoßen kann.

Gemeinnützigkeitsrechtlich ergibt sich ein Problem daraus, dass die Gründung, Unterhaltung und auch die Quersubventionierung eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs mit ideell gebundenen Mitteln nicht zulässig ist; allenfalls kann die Vermarktung von Leerressourcen zulässig und u.U. auch durch das Gemeinnützigkeitsrecht geboten sein.

5. Praktische Anwendung der Grundsätze

Aus der Entscheidung der EU-Kommission zu den Kletterhallen des DVA – Sektion Berlin – geht hervor, dass abweichend von der ursprünglichen Planung „die öffentliche Sauna, die Gastronomie, der Klettershop, der Fitnessbereich weggefallen sind. Stattdessen wurde ein kleines Vereins-Bistro eingerichtet. Letzteres kann mit Blick auf die Grundsätze über die Verwendung ideell gebundener Mittel in einem Sportverein als „sozialtypisch“ zulässig sein, wenn architektonisch hierfür kein oder nur geringfügiger zusätzlicher Bauaufwand anfällt. Gleiches gilt wohl auch für den Klettershop, zumal nach der Rechtsprechung des BFH⁷⁰⁹ die Überlassung von Golfbällen – neben der Nutzungsüberlassung einer Golfanlage an Nichtmitglieder eines gemeinnützigen Golfvereins – gegen Entgelt nach Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. m der Richtlinie 77/388/EWG als „dem Gemeinwohl dienende Umsätze“ (Kapitelüberschrift vor Art. 132 MwStSystRL) steuerfrei sein kann. Die Einrichtung einer öffentlichen Sauna und einer „Gastronomie“ i.S. eines Restaurants „für jedermann“ ist m.E. gemeinnützigkeitsschädlich.

Ausweislich der Stellungnahme der IHK Stuttgart v. 10.10.2013 zum Sportpark der „Sportvereinigung W.“ waren als Angebot geplant: „Bewegungslandschaft, Fitnessbereich, Kursräume, Sauna mit Wellnessbereich, Besprechungsräume, Bistro und Empfangstheke, Kinderbetreuung“. Das gesamte Leistungsangebot sollte auch der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

Vereinen ist zu empfehlen, Investitionen i.S. des Gebots zur Sparsamkeit „abzuspecken“. Die Nutzungsüberlassung für die Öffentlichkeit führt zu einem steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, der nicht aus ideell gebundenen Mitteln der Körperschaft aufgebaut und der auch im Übrigen nicht gemeinnützigkeitsrechtlich gefördert werden kann. Die IHK referiert, dass das Angebot auf einem Konzept beruht, nach welchem 55 v.H. der Gesamtnutzungsfläche gewerblich und 45 v.H. ideell genutzt werden. Dieses Konzept ist gemeinnützigkeits- und beihilferechtlich hochgefährlich. Die IHK bemerkt im Zusammenhang mit der Erörterung des vereinsrechtlichen Nebenzweckprivilegs, der ideelle Kern des Vereins scheine bei diesen Dimensionen „zunehmend zur Nebensache zu werden“. Es ist darauf hinzuweisen, dass es steuerrechtlich – jenseits einer tolerierten „dualen“ Nutzung durch Mitglieder und Nichtmitglieder im Umfang einer de-minimis-Grenze von 10 v.H. – kein Nebenzweckprivileg gibt.

Es sei nochmals hingewiesen auf den Fall des DAV – Sektion Berlin. In der Entscheidung der EU-Kommission ist vermerkt, dass die Dimensionierung deutlich reduziert worden ist zwecks Vermeidung einer „personalintensiven Aufsichtsintensität für vereinsfremdes Publikum“. Auch dies ist gemeinnützigkeitsrechtlich zu beachten. Ob dies beihilferechtlich unbedenklich ist, kann hier dahingestellt bleiben. Es ist jedenfalls gemeinnützigkeitsrechtlich unzulässig, gebundene Mittel zur Begründung und Unterhaltung eines steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs zu verwenden.

Nicht von ungefähr hatte das Land Berlin eine Sportstättenförderung für die ursprüngliche Planung des DAV--Sektion Berlin abgelehnt. Dem lag mutmaßlich die Einschätzung zugrunde, Fördermittel, deren öffentlich-rechtliche Zweckgebundenheit durch die gemeinnützigkeitsrechtlichen Grundsätze über die sparsame Verwendung ideell gebundener Mittel gewissermaßen „verlängert“ wird, würden nicht zweckgerecht verwendet.

Die EU-Kommission hat im Zusammenhang mit der Erörterung von „Auswirkungen auf den Wettbewerb“ vermerkt (Rdnr. 90):

„Größe und Angebot der DAV-Kletterhallen richten sich an erster Stelle nach der Mitgliederzahl. Deshalb dürfte es kaum zu Wettbewerbsverzerrungen kommen. Die Vorkehrungen der deutschen

Behörden stellen die Verhältnismäßigkeit der in Rede stehenden Maßnahmen sicher.“

Damit dürfte im Kern ein richtiger Gedanke formuliert sein, der die gemeinwohlorientierte Funktionalität der Sportanlage im Blick hat. Dies trifft sich mit den Aspekten der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, nach denen die Kommission auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV ihr Ermessen ausübt. In ihrer Entscheidung zur Sportförderung in Tschechien führt die Kommission aus (Rdnr. 89):

„While defining the size of their facilities and their offer, non-profit organisations take account in the first place of their members. In such circumstances, the distortion of competition is limited.“

Dass – gelegentlich – auch internationale Wettkämpfe auf den Anlagen stattfinden, hat die Kommission im Falle der tschechischen Sportförderung als unerheblich angesehen (Rdnr. 85; eine vergleichbare Bemerkung findet sich auch in der Entscheidung der Kommission im Kletterhallen-Fall):

„The public support to sport is dedicated to non-profit sport organisations active in the Czech Republic. The vast majority of the supported non-profit organizations are active at municipal, regional or local level. The sport infrastructure in the Czech Republic is only occasionally used for international sports events organised by the international sport federations ...“

III. Außendarstellung

M.E. besteht eine gesellschaftliche und rechtliche Bringschuld, den zivilgesellschaftlichen Mehrwert der Leistungserbringung durch gemeinnützige Träger darzustellen und zu belegen. Es sei nochmals betont, dass ich das Memorandum der BAFWG „Zivilgesellschaftlicher Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“ (Okt. 2004) in dieser Hinsicht für vorbildlich halte. Angesichts einer Pluralisierung der Trägerlandschaft und einer damit einhergehenden Ökonomisierung auch der Sportdienstleistungen ist es erforderlich, das Besondere („Proprium“) des im gewinnzweckfreien und selbstlosen Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit organisierten Sports darzustellen, z.B. unter Hervorhebung

- der Einbindung ehrenamtlichen Engagements nach Anzahl und Qualität (z.B. Schulung der Ehrenamtlichen);
- des Einwerbens von Ehrenamtlichen, z.B. Hinweis auf die DOSB-Initiative „Danke! Sport braucht dein Ehrenamt“ (www.ehrenamt-im-sport.de);
- der Darstellung der nicht marktrelevanten Sektoren wie Jugendarbeit, Arbeit mit Schwerbehinderten, Kranken, Rehabilitanden und „Alten“;
- der Bedingungen und (Förder-)Voraussetzungen, unter denen die Partnerschaft mit den Ländern und den Kommunen funktioniert („Verlängerung“ der für öffentliche Mittel geltenden Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit);
- der Zusammenarbeit mit den kommunalen Sportämtern;
- eines Hinweises – in laienhafter, prägnanter aber einprägsamer Formulierung – auf die Mechanismen und vor allem die Restriktionen des Rechtsrahmens der Gemeinnützigkeit (z.B. Gebote der Gewinnausschüttung und der zeitnahen Mittelverwendung);
- der ethischen Regeln (z.B. Anti-Doping-Regeln), die durch die Förderbedingungen und durch die Verbandstrukturen auf die Ebene der Vereine vor Ort „transportiert“ werden;
- der institutionellen Verpflichtung auf den DOSB-Ethik-Code,⁷¹⁰ der demokratischen Entscheidungsstrukturen und Mitwirkungsmöglichkeiten (z.B. welche Aufgabe hat ein Sprecher der Jugendabteilung?). S. auch das Stichwort „Partizipation“ im DOSB-Ethik-Code: „Demokratische Mitgliederrechte und praktizierte Mitgliederbeteiligung aller Gruppen, insbesondere auch für Kinder, Jugendliche und Aktive, sowie die Einbindung beteiligter Interessengruppen gewährleisten der pluralistischen Struktur entsprechende zukunftsweisende Entscheidungen“);
- der Selbstverpflichtung auf *corporate-governance-Grundsätze* (Grundsätze guter Vereins- / Verbandsführung).⁷¹¹

Die Darstellung auf der Homepage von Vereinen sollte eher auf die Darstellung von Komfort und „Chic“ verzichten und mehr sachliche Informationen ausweisen. Der Hinweis auf Komfort und Wellness dürfte mancherorts Ärgernis erregen. In dem Prüfungsfall der EU-Kommission „AWO SANO“ ist es dem Vernehmen nach von Verfahrensbeteiligten als Provokation empfunden worden, dass der gemeinnützige Träger die

Vergleichbarkeit der Familienferienstätte mit gehobenen Mittelklassehotels herausgestellt hat.

Nach Auffassung der Enquete-Kommission ist es anzustreben, unterschiedliche Formen des bürgerschaftlichen Engagements wieder zu einem zentralen Element auch der betriebswirtschaftlich geführten „marktfähigen Leistungsbereiche“ zu machen.

IV. Herstellung von Transparenz

Die Herstellung von Transparenz ist derzeit im gesamten Dritten Sektor ein „großes Thema“.⁷¹² Auf der Homepage des „DZI – Zentralinstitut für soziale Fragen“ wird ausgeführt.

„Transparenz ist zum Schlüsselbegriff für Vertrauenswürdigkeit geworden, gerade auch in Bezug auf gemeinnützige, Spenden sammelnde Organisationen. Zwar gibt es in Deutschland staatlicherseits keine Veröffentlichungspflichten für gemeinnützige Einrichtungen. Jedoch erwartet die Öffentlichkeit heute gerade von Spenden sammelnden Organisationen, auf freiwilliger Basis ihre Finanzen offenzulegen und regelmäßig über ihre Tätigkeit, das heißt wichtige Projekte, Erfolge und Misserfolge zu berichten.

Transparenz allein reicht aber nicht aus, um Vertrauen nachhaltig zu schaffen und zu rechtfertigen. Gut funktionierende Leitungs- und Aufsichtsstrukturen, eine wahrhaftige, eindeutige und sachbezogene Öffentlichkeitsarbeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit sind ebenso wichtig, damit eine Organisation das Vertrauen ihrer Förderer, ihrer Begünstigten und der allgemeinen Öffentlichkeit tatsächlich verdient. . . .“

Dach- und Interessenverbände des gemeinnützigen („Dritten“) Sektors haben Verhaltensstandards für ihre Mitgliedsorganisationen eingeführt, so z.B. auch der DOSB und der Deutsche Spendenrat (<http://www.spendenrat.de/>). Letzterer hat eine Selbstverpflichtungserklärung formuliert, nach welcher die gemeinnützigen Mitgliedsorganisationen hohe Qualitätsstandards einzuhalten haben.⁷¹³ Unter anderem sind Strukturen, Tätigkeit und Finanzen im Rahmen eines Jahresberichts jährlich und transparent offenzulegen. Zur Rechnungslegung/Prüfung heißt es:

„Die Prüfung unserer Kassen-/ Buchprüfung, unserer Einnahmen-/Ausgabenrechnung/unsere Jahresabschlusses (einschließlich Lagebericht) sowie der Vier-Sparten-Rechnung erfolgt nach Maßgabe des Deutschen Spendenrats e.V., den jeweils gültigen Richtlinien des Institutes der Wirtschaftsprüfer (IdW) und den Grundsätzen des steuerlichen Gemeinnützigkeitsrechts. Die Kassenprüfer haben/der Abschlussprüfer hat die Einhaltung dieser Selbstverpflichtung, soweit sie die Rechnungslegung betrifft, entsprechend zu prüfen und über das Ergebnis der Prüfung schriftlich zu berichten. Das Ergebnis der Prüfung stellen wir öffentlich dar.“

Auch Transparency International e.V. (<http://www.transparency.de/Initiative-Transparente-Zivilg.1612.0.html>) hat einen sektorübergreifenden Transparenzstandard auf Basis freiwilliger Selbstberichterstattung entwickelt. Es handelt sich um einen gemeinnützigen Verein, der sich als „Koalition gegen Korruption“ zu Werten wie Integrität, Verantwortlichkeit, Transparenz und Partizipation der Zivilgesellschaft bekennt.

V. Sportpolitik

Der Deutsche Bundestag⁷¹⁴ hat die gesellschaftliche Bedeutung des Sports als wichtigen Bestandteil des gesellschaftlichen Lebens gewürdigt. Am 02.07.2009 wurde die Beschlussempfehlung des Sportausschusses⁷¹⁵ angenommen. Dieser Beschluss des Bundestages umfasst auch die Aufforderung an die Bundesregierung,

„sich sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene für einen klaren Rechtsrahmen für die Teilnahme des Sports am Wirtschaftsleben einzusetzen, der der Besonderheit des Sports Rechnung trägt.“

Der 12. Sportbericht der Bundesregierung⁷¹⁶ nimmt hierauf Bezug.

Die EU-Kommission⁷¹⁷ hat angekündigt: Der im Arbeitsplan vorgesehene strukturierte Dialog mit Akteuren im Sportsektor wurde durch die Einführung eines Verfahrens zusätzlich gestärkt, das es den Akteuren ermöglichte, sich mit Vertretern der Mitgliedstaaten in den Expertengruppen und, wenngleich in weit geringerem Maße, bei hochrangigen Treffen am Rand von Ratstagungen auszutauschen. Der

etablierte, von der Kommission geleitete strukturierte Dialog über den Sport⁷¹⁸ wurde fortgeführt. Die Kommission wird die in ihrem Weißbuch vorgestellten Initiativen im Rahmen eines strukturierten Dialogs mit den Akteuren des Sportbereichs durch die Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten und die Förderung des sozialen Dialogs im Sportsektor weiterverfolgen.

Das Almunia-Paket und das Gemeinnützigkeitsrecht sind teilweise inkompatibel. Auch die AGVO lässt zahlreiche Fragen offen, da sie sich nicht mit dem – ebenso simplen wie naheliegenden – Fall befasst, dass ein Verein seinen Mitgliedern Sportanlagen zur Nutzung überlässt. Als wünschenswert erscheint eine europäische Freistellungsverordnung, welche auf die Besonderheiten des Rechtsrahmens der Gemeinnützigkeit abgestimmt ist. Es ist erforderlich, die Diskussion in Rahmen des von der EU-Kommission angebotenen „strukturierten Dialogs“ fortzuführen.

VI. Vorabkontakt mit der EU-Kommission

Kann das Vorliegen einer Beihilfe nicht risikofrei durch eine Rechtfertigung ausgeschlossen werden, ist eine Abstimmung mit der EU-Kommission möglich mittels einer Notifizierung bzw. einer „non-aid-Notifizierung“. Es kann ein informeller „Vorabkontakt“ mit der EU-Kommission auf der Grundlage des „Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren“ aufgenommen werden.⁷¹⁹ Dieses Verfahren wird auch zu dem Zweck empfohlen, um einer Prüfung aufgrund der Beschwerde eines Wettbewerbers zuvorzukommen.⁷²⁰

Nach der Begründungserwägung Nr. 7 AGVO belässt die Verordnung den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Beihilfen anzumelden.

J. Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von Sportvereinen - Zweckbetrieb, Idealverein, nicht wirtschaftlicher (§ 21 BGB) und wirtschaftlicher Verein (§ 22 BGB)

I. Das Registerverfahren F. & S. GmbH ./ TSV S. 1902 e.V.

Beispielhaft für das zu erörternde Problem ist das beim Amtsgericht Stuttgart – Registergericht – unter dem Az. VR 26 O 198 geführte Verfahren F. & S. GmbH ./ TSV S. 1902 e.V., in welchem die F. & S. GmbH beantragt, dem TSV S. 1902 e.V. von Amts wegen aus dem Registergericht zu löschen. Dies wird damit begründet, der Verein führe satzungswidrig einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb.

Die F. & S. GmbH trägt vor, das von der TSV S. 1902 e.V. betriebene Sportvereinszentrum „activity – der Freizeit-Sportclub“ sei ein gewerblicher wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb. Dies werde durch gutachterliche Stellungnahmen von Industrie- und Handelskammern (IHK) belegt. Der Betrieb eines Fitnessstudios sei gewerblich, so dass es alleine darauf ankomme, ob dieser Betrieb unter das Nebenzweckprivileg zu subsumieren sei. Unerheblich sei, dass die Gewinne nicht entnommen würden. Zwar sei die Rechtsprechung zu gewerblichen Betrieben von Vereinen „überraschend großzügig“ gewesen; es sei jedoch zu berücksichtigen, dass Sportvereinszentren mittlerweile bislang unbekannte Dimensionen erreicht hätten. Der Verein wolle nicht nur seinen Mitgliedern eine gewerbliche Leistung anbieten, sondern jedermann. Der Verein hätte die Möglichkeit, eine Betreibergesellschaft – etwa eine GmbH – zu gründen. Wenn gemeinnützige Vereine wie vorliegend an einem Markt agierten, „der gewerblich geprägt und von einem homogenen Kundenstamm“ nachgefragt werde, führe die vereinsrechtliche Privilegierung zu einer nicht gewollten Wettbewerbsverzerrung gegenüber den gewerblichen Anbietern.

Das Nebenzweckprivileg sei nur einschlägig, wenn es sich bei der

wirtschaftlichen Betätigung um eine untergeordnete, dem idealen Hauptzweck des Vereins dienende Tätigkeit handle. Dies sei indessen nicht der Fall, da die wirtschaftliche Betätigung des TSV S. faktisch den einzigen Zweck des Vereins darstelle. Die Anwendung des Nebenzweckprivilegs dürfe nicht zur Gefährdung von erheblichen Gläubigerinteressen führen. Immer dann, wenn die im Nebenzweck betriebene gewerbliche Tätigkeit eines gemeinnützigen Vereins eine Marktrelevanz habe, könne diese Tätigkeit nicht mehr privilegiert sein. Die angebotene Saunanutzung entspreche nicht dem Satzungszweck. Es sei bereits fraglich, ob der Betrieb eines Fitnessstudios überhaupt dem Hauptzweck eines Vereins diene, mithin zur Erreichung des Hauptzwecks unentbehrlich sei. Auch sei nicht ersichtlich, warum es für die Förderung des Sports erforderlich sei, ein Fitnessangebot bereitzuhalten, wenn dieser Bereich bereits von gewerblichen Unternehmen ausreichend bedient werde. Der Verein habe das Fitnessstudio derart ausgebaut, dass mittlerweile dessen gewerbliche Tätigkeit der Schwerpunkt des Vereins sei.

Die F. & S. GmbH ist der Auffassung, dass der Verein „unter dem Deckmantel privilegierter vereinsrechtlicher Strukturen satzungswidrig“ einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalte, „der aufgrund abgabenrechtlichen Sonderstatus sowie unter Inanspruchnahme hoheitlicher Förderung zu einer existenzbedrohenden Wettbewerbsverzerrung bei gewerblichen Anbietern führt“. „Dann ist die Grenze überschritten, die hoheitlichen Einhalt gebietet.“

II. Zur Einführung in das Problem – Vorüberlegungen

1. Die Notwendigkeit wirtschaftlicher Betätigung im Dritten Sektor

Die nachfolgenden Ausführungen legen dar, dass für alle Arten von zivilgesellschaftlichen Sportvereinen der eingetragene Verein (e.V.) die rechtlich alternativlos geeignete Organisationsform ist. Es gilt, die wirtschaftliche und soziale Relevanz der Betätigung von Zweckbetrieben des Dritten Sektors – bezogen auf den Bereich des Sports – zu bestimmen. Auszugehen ist von einer rechtstatsächlichen Analyse der Finanzierungsbedingungen, die für Sportvereine im rechtlichen Rahmen

der nur subsidiären staatlichen Sportförderung typisch sind. Nach den Feststellungen des „ZiviZ-Survey 2012 – Zivilgesellschaft verstehen“ (2013) ist es für die meisten Vereine eine Existenznotwendigkeit, Mittel durch eine Marktteilnahme in Gestalt der Erbringung entgeltlicher Leistungen zu erwirtschaften. Selbst die EU-Kommission hat die nachhaltige Finanzierung von Sportvereinen auf ihre Agenda gesetzt und hierzu eine umfangreiche Expertise erstellen lassen. Auch der Deutsche Bundestag hat sich mit der Eigenfinanzierung von Vereinen befasst (s. auch oben Abschn. D. VI.).

2. Zur Auslegungsbedürftigkeit der §§ 21 f. BGB

Die entgeltliche Leistungserbringung ist aus der Sicht mehrerer Oberlandesgerichte Anlass, die eingetragenen Vereine als „wirtschaftliche Vereine“ i.S. der §§ 21 f. BGB einzustufen und im praktischen Ergebnis aus der Rechtsform des e.V. herauszudrängen. Dabei zeitigt die Rechtsprechung fundamentalistisch-puristische Ergebnisse: Z.B. soll sich nach Auffassung des Kammergerichts Berlin ein Verein, der nach seiner Satzung die Förderung der Klaviermusik verfolgt und sich durch die Veranstaltung von Klavierabenden finanziert, eine andere Rechtsform als die des „e.V.“ suchen. Nur muss die sich dann aufdrängende Frage beantwortet werden: Welche Möglichkeiten stellt die Rechtsordnung bereit? Etwaige Konkurrenten haben keinen Vorteil, wenn die Konzerte in der Trägerschaft z.B. einer gemeinnützigen GmbH veranstaltet werden. Es wird u.a. zu fragen sein, ob und ggfs. in welchem Umfang, was Dieter Reuter⁷²¹ in einer Anmerkung zum Beschluss des OLG Brandenburg v. 23.06.2015⁷²² (s. nachfolgend Abschn. V.2.) – annimmt, dies mit dem Schutz des Rechtsverkehrs begründet werden kann.

3. Fragen an das Gesetz

Es werden darüber hinaus die folgenden Fragen zu stellen sein:

- Liegt es nicht bereits nach dem Ergebnis der neueren Rechtsprechung – „vestigia terrent“ – auf der Hand, dass der von §§ 21 f. BGB verwendete Rechtsbegriff „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ einer einschränkenden Auslegung bedarf?

- Der – rechtshistorisch nachvollziehbare – Wille des Gesetzgebers, dass sich wirtschaftliche Geschäftsbetriebe im Format der Gesellschaften des Handelsrechts gründen, hatte seine Berechtigung: Es ging um den Schutz der Gläubiger und der Mitglieder / Gesellschafter und um die Transparenz der Rechnungslegung durch Veröffentlichung der Bilanzen. Stellen sich die rechtlichen Parameter heute anders dar als zu den Zeiten der Schaffung des BGB und der richtungsweisenden Entscheidungen des BGH, weil der nationale Gesetzgeber und der europäische Normgeber die dem Gläubigerschutz dienende Mindestkapitalausstattung vielfach praktisch auf Null zurückgeführt haben?
- Ist es von Bedeutung, dass der Gesetzgeber zur Rechnungslegung von Unternehmen die Schwellen, oberhalb derer die Veröffentlichung von Bilanzen erforderlich ist, erhöht hat?
- Kann bei gemeinnützigen Rechtsträgern der Schutz der Mitglieder / Gesellschafter eine Rolle spielen, weil diese keine Vermögensrechte an der Körperschaft haben?
- Kann der Rechtsanwender die Augen davor verschließen, dass die Rechtsprechung des BGH durch das ADAC-Urteil eine juristische „benchmark“ gesetzt und dadurch eine bereits lange Zeit zuvor bestehende Rechtspraxis bestätigt hat, die sich z.B. darin ausdrückte, dass die Statuten des Deutschen Fußballbundes selbst für die an der Bundesliga teilnehmenden Vereine ausdrücklich die Rechtsform des „e.V.“ vorgeschrieben hatte?
- Ist nicht deswegen, weil in der Rechtsprechung und Literatur jedenfalls für die „lokalen“ Vereine zu keinem Zeitpunkt Widerspruch gegen die Verwendung des rechtlichen Formats „e.V.“ laut geworden ist, Gewohnheitsrecht begründet worden?
- Zielen nicht die Haftungserleichterungen in § 31a BGB („Haftung von Organmitgliedern und besonderen Vertretern“) und in § 31b BGB („Haftung von Vereinsmitgliedern“) durch Art. 6 Nr. 2 und 3 des Ehrenamtsstärkungsgesetzes v. 21.03.2013 (BGBl I 2013, S. 556) nach ihrer systematischen Stellung auf den Verein und keinesfalls z.B. auf die GmbH?
- Bedarf es nicht einer Herstellung praktischer Konkordanz von Steuerrecht und Zivilrecht, falls es sich so verhalten sollte, dass das Steuerrecht den gemeinnützigen Rechtsträgern – im rechtstatsächlichen

Regelfall Vereinen – die wirtschaftliche Tätigkeit gestattet und das Zivilrecht nicht? Es sprechen viele Gründe dafür, in die §§ 22 f. BGB eine Bereichsausnahme für Zweckbetriebe i.S. der §§ 65 ff. AO hineinzulesen.

- Ist der hier verfassungsrechtliche Aspekt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung berührt?
- Sofern die jahrzehntelange Praxis der Registergerichte sich – noch – nicht zu Gewohnheitsrecht verstärkt hat: liegt es noch in der Macht der Gerichte, diese Praxis zu revidieren? Oder muss hier der Gesetzgeber tätig werden, weil dieser selbst – so das Bundesverfassungsgericht – alle für das Gemeinwesen „wesentlichen“ Grundentscheidungen treffen muss („Wesentlichkeitstheorie“)?
- Müssten die Gerichte, wenn sie eine jahrzehntelange Praxis aufgeben wollen, nicht auch die Folgenbewältigung gewährleisten, die sich aus einer sodann notwendigen Umwandlung in ein anderes rechtliches Format ergeben? Gibt beispielsweise das Umwandlungsgesetz eine rechtliche Handhabe und welche grunderwerbsteuerlichen Folgen hat ein sich aus einer Umwandlung ergebender Rechtsträgerwechsel?
- Gibt es überhaupt sachadäquate Alternativen für ein rechtlich gesichertes Organisationsformat, falls einem sozialtypischen Verein, der sich auch wirtschaftlich betätigt, das „Rechtskleid“ des e.V. nicht mehr zur Verfügung stehen sollte?
- Sofern letztere Frage zu verneinen ist: Was sagen die Verfassung und die Europäische Menschenrechts-Charta unter dem Gesichtspunkt der Vereinigungsfreiheit zu der Anforderung der Verfassung, zwecks Entstehungssicherung dieses Grundrechts den Bürgern ein sachadäquates und einfach zu handhabendes Organisationsformat zur Verfügung zu stellen? Nach Verfassungsrecht muss der Gesetzgeber Rechtsformen bereitstellen, die den in der Realität vorgefundenen „typischen“ Interessenlagen und Bedürfnissen angemessen sind und deren Wahl deshalb für die Bürger zumutbar ist.⁷²³

4. Die Frage nach der juristischen Methode

Die vorstehend aufgeworfenen Fragen legen bereits beim ersten gedanklichen Zugriff nahe, dass der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit in §§ 21 f. BGB und die Tragweite des sog. Nebenzweckprivilegs nicht

mit einer schlichten Wortlautauslegung verfälscht werden können. Bereits an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass Karsten Schmidt⁷²⁴ im Nebenzweckprivileg ein „elastisches Kriterium“ zur Vermeidung eines „unverhältnismäßigen Rigorismus“ sieht. Diese weiterführende Anregung ist spätestens bei der Ausübung von Ermessen auf der Grundlage des § 395 FamFG zu bedenken. Ggfs. ist eine verfassungskonforme Auslegung in Betracht zu ziehen. Sollte mit einer ermächtigungskonformen Ausübung von Ermessen und mit dem einschlägigen methodologischen Instrumentarium eine verfassungskonforme Lösung nicht gefunden werden können, müsste geprüft werden, ob eine Richtervorlage nach Art. 100 GG in Betracht kommt.

5. Zur Aktualität des Themas

Hatte sich bisher das Kammergericht Berlin zum Wortführer einer restriktiv-puristischen Auslegung der §§ 21, 22 BGB gemacht, hat nunmehr das Brandenburgische OLG mit Beschlüssen v. 08.07.2014⁷²⁵ die Löschung eines Vereins mit dem Zweck der Erhaltung, Nutzung und Verwaltung von Garagen aus dem Vereinsregister abgelehnt. Das Gericht führt aus: Unter einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gemäß § 22 BGB sei das planmäßige und auf Dauer angelegte Auftreten des Beteiligten am Markt in unternehmerischer Funktion durch Einschaltung in wirtschaftliche Umsatzprozesse mit einer regelmäßig entgeltlichen Tätigkeit zu verstehen.⁷²⁶ Indes eröffne die „kann“-Regelung im Tatbestand des § 395 Abs. 1 FamFG dem Registergericht einen Ermessensspielraum, in dessen Rahmen auch Interessen des zu löschenden Beteiligten Berücksichtigung finden könnten. Bei der Ausübung dieses Ermessens, so das Brandenburgische OLG, sei das öffentliche Interesse an der Bereinigung des Registers und dem Schutz des Rechtsverkehrs gegen das Bestandsinteresse des Beteiligten abzuwägen. Bei der gebotenen Abwägung der für und gegen eine Löschung des Beteiligten sprechenden Umstände sei dem Bestandsinteresse des Beteiligten Vorrang einzuräumen. Umstände, die ein Durchgreifen des Interesses an der Bereinigung des Vereinsregisters erforderlich machten, seien nicht zu erkennen.

Im Beschluss des Brandenburgischen OLG vom 04.08.2014⁷²⁷ ging es um

einen Verein mit dem satzungsmäßigen Zweck der „Förderung der Bildung und Erziehung von Vorschulkindern nach den Grundsätzen der Montessoripädagogik sowie der Waldpädagogik. Hierzu betreibt der Beschwerdeführer eine Kindertagesstätte“. Die durch die Kinderbetreuung anfallenden Kosten werden durch Beiträge, Zuschüsse, Spenden und Fördergelder gedeckt. Das Amtsgericht hatte eine Löschung von Amts wegen verfügt. Das OLG äußerte sich nicht zu den §§ 21 f. BGB, sondern beanstandete, das Amtsgericht habe nicht die nach § 395 FamFG erforderliche Ermessensentscheidung getroffen. Die somit vom OLG selbst nachzuholende Ermessensausübung führe eindeutig dazu, dass der Beschwerdeführer im Register nicht gelöscht werden dürfe. Dies begründet das OLG wie folgt:

„Seit der immerhin schon etwa zehn Jahre zurückliegenden Eintragung in das Register ist es zu nicht Unzuträglichkeiten in irgendeiner Hinsicht gekommen. Dies betrifft zunächst den aktenkundig problemlosen Verkehr mit dem Registergericht. Aus der Tätigkeit des Vereins sind ebenfalls keine Umstände bekannt geworden, die auch nur im Ansatz gegen einen Verbleib des Beschwerdeführers im Vereinsregister sprechen könnten; insbesondere ist nicht erkennbar, dass Erfordernisse des Gläubigerschutzes oder des übrigen Rechtsverkehrs in nachteiliger Weise berührt worden sein könnten oder dass solches drohen könnte. Ein öffentliches Interesse an der Löschung des Beschwerdeführers besteht hier offensichtlich nicht, sodass dem Bestandsinteresse des Vereins ebenso offensichtlich der Vorrang einzuräumen ist.“

III. Steuerrechtliche Grundlagen

1. Steuerrecht und Schutz des Wettbewerbs

Die F. & S. GmbH trägt vor, dass der TSV S. steuerliche Vergünstigungen in Anspruch nimmt, wodurch der Wettbewerb verfälscht werde, weswegen ein „hoheitliches Einschreiten geboten“ sei.

Dieser Aspekt kann im registerrechtlichen Verfahren nach § 395 FamFG bereits a limine nicht berücksichtigt werden. Denn das Vereins- und das Registerrecht, soweit sie sich mit der Zuerkennung oder Aberkennung der Rechtsfähigkeit für den „e.V.“ befassen, ist nach der Rechtsprechung des

BGH ausschließlich auf den Gläubigerschutz ausgerichtet. Daher sind die Registergerichte nicht befugt, sich die Rolle von Wettbewerbshütern anzumaßen. Diesem Irrtum unterliegt auch das OLG Zweibrücken,⁷²⁸ wenn es zu einem Fitnesscenter ausführt:

„Der Verein wirbt mit den Erfolgen der bei ihm tätigen Trainer und mit für einen Gewerbetreibenden typischen Aussagen (kostenloses Probetraining, preiswerter Mitgliedsbeitrag) um Kunden auf einem Markt, der ganz überwiegend von im Vergleich zu einem Idealverein steuerlich stärker belasteten Gewerbetreibenden bedient wird. Im Verhältnis zu diesen Konkurrenzunternehmen läge in der Anerkennung des betroffenen Vereins als Idealverein, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund bestünde, damit auch eine unberechtigte Bevorzugung bei der Besteuerung.“

Wollte das Registergericht den Gesichtspunkt des Wettbewerbsschutzes in die von ihm zu treffende Ermessensentscheidung einfließen lassen, würde es die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verlassen. Auch beurteilt das OLG Zweibrücken die steuerliche Rechtslage falsch. Denn selbst wenn es dem OLG Zweibrücken zur Wahrung der Grundsätze über den Gläubigerschutz gelänge, das Fitnesscenter z.B. in das Rechtskleid der – gemeinnützigen – gGmbH hineinzudrängen, würde sich an der steuerlichen Situation nichts ändern. Auch die GmbH kann gemeinnützig sein und ein Sportvereinszentrum als steuerlich privilegierten Zweckbetrieb nach §§ 65 ff. AO führen.

Die §§ 21, 22 BGB regeln nicht das Marktverhalten von Vereinen.⁷²⁹ Der Schutz des Wettbewerbs findet nicht statt im Registerrecht, sondern auf der Grundlage des § 65 Nr. 3 AO, der einen gemeinnützigkeitsrechtlichen Zweckbetrieb unter der Voraussetzung zulässt, dass

„der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist.“

Ein gemeinnütziger Verein, der nach seiner Satzung den Sport fördert, kann im Rahmen seiner zweckbetrieblichen Tätigkeit (§ 65 AO) jegliche sportliche Betätigung vereinsmäßig organisieren und anbieten. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Sport als Mannschaftssport betrieben wird; eine solche Differenzierung ist dem Steuerrecht fremd.

Die Vorstellung der F. & S. GmbH, dass sich dieser Vereinszweck erübrige, weil es ausreichend gewerbliche Anbieter gebe, ist rechtlich falsch. Es verhält sich auch nicht so, dass die gemeinnützigen Sportvereine mit der Überlassung von Fitnessgeräten im Geschäftsbereich der gewerblichen Anbieter wildern würden. Im Gegenteil gehört die Steigerung von Kraft und Ausdauer zum Kernbereich jeglichen Sports, sogar beim Schach und beim Turnier-Bridge.

2. Der steuerbegünstigte Zweckbetrieb ist ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

Die steuerrechtliche Rechtsfigur des Zweckbetriebs setzt nach nationalem Rechtsverständnis voraus, dass gemeinnützige Rechtsträger – zu diesem gehören typischerweise die rund 600.000 Vereine in Deutschland (2014)⁷³⁰ – wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten, mit denen sie durch Beiträge entgeltete Leistungen an Mitglieder erbringen. Der gemeinnützigkeitsrechtlich privilegierte Zweckbetrieb ist per definitionem ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, dessen Tatbestandsvoraussetzungen sich für das Steuerrecht aus den §§ 14, 64 AO ergeben. Es spricht viel dafür, dass sich diese Definition und der Begriff des „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ i.S. der §§ 21 f. BGB jedenfalls mit ihren jeweiligen Kernbereichen decken. Daher kann der in den Expertisen der Industrie- und Handelskammern vertretenen Deutung des Rechtsbegriffs „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ grundsätzlich zugestimmt werden. Auch das Steuerrecht kennt ebenso wie das Zivilrecht die Unterscheidung zwischen einem Tätigwerden auf dem „inneren Markt“ gegenüber den Mitgliedern (= Zweckbetrieb i.S. des § 65 AO) und auf dem „äußeren Markt“ gegenüber Nichtmitgliedern (steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb). Es ist steuerrechtlich unstrittig, dass Sportvereine mit dem Betrieb eines Fitness-Studios einen Zweckbetrieb i.S. des § 65 AO unterhalten. Bei der Nutzungsüberlassung an Nichtmitglieder ist ein steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb gegeben.⁷³¹ Der Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) i.d.F. des Änderungserlasses v. 14.01.2015 führt in Nr. 12 zu § 67a AO aus:

„Die Vermietung von Sportstätten und Betriebsvorrichtungen auf kurze Dauer schafft lediglich die Voraussetzungen für sportliche

Veranstaltungen. Sie ist jedoch selbst keine „sportliche Veranstaltung“, sondern ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb eigener Art. Dieser ist als Zweckbetrieb i.S.d. § 65 AO anzusehen, wenn es sich bei den Mietern um Mitglieder des Vereins handelt. Bei der Vermietung auf kurze Dauer an Nichtmitglieder tritt der Verein dagegen in größerem Umfang in Wettbewerb zu nicht begünstigten Vermietern, als es bei Erfüllung seiner steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist (§ 65 Nr. 3 AO). Diese Art der Vermietung ist deshalb als steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb zu behandeln.“

Dies hat jüngst das Bayerische Finanzministerium⁷³² am Beispiel des Betriebs der Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins e.V. erläutert. Hiernach liegt ein Zweckbetrieb vor

- bei Überlassung einer von einer DAV-Sektion betriebenen Kletteranlage an eigene Sektionsmitglieder und
- bei Überlassung einer von einer gemeinnützigen Vereinigung (Zusammenschluss mehrerer DAV-Sektionen) gemeinschaftlich betriebenen Kletterhalle an Mitglieder der zu dieser gemeinnützigen Vereinigung gehörenden Sektionen.

3. Das Steuerrecht setzt den Verein als Träger von Zweckbetrieben voraus

Das Steuerrecht geht davon aus, dass, soweit Leistungen nicht im Rahmen des steuerlich begünstigten Zweckbetriebs – also an Nichtmitglieder – erbracht werden, nach den allgemeinen Gesetzen der Steuer unterliegen. Nach § 67a Abs. 1 Sätze 1 und 2 AO („Sportliche Veranstaltungen“) sind „sportliche Veranstaltungen eines Sportvereins . . . ein Zweckbetrieb, wenn die Einnahmen einschließlich Umsatzsteuer insgesamt 45 000 Euro im Jahr nicht übersteigen. Der Verkauf von Speisen und Getränken sowie die Werbung gehören nicht zu den sportlichen Veranstaltungen.“ Dieses Steuerregime der Gemeinnützigkeit zielt auf die eingetragenen Vereine als Subjekte der Körperschaftsteuer, die rechtstatsächlich den Großteil der gemeinnützigen Rechtsträger ausmachen; dies ungeachtet der Tatsache, dass auch andere juristische Personen wie etwa die GmbH, die Genossenschaft und sogar die Aktiengesellschaft gemeinnützig sein können. Zugleich zeigen die Betragsgrenzen der §§ 64 Abs. 3 und 67a AO, dass der Gesetzgeber den gemeinnützigen Rechtsträgern – auch und

gerade den gemeinnützigen Vereinen – eine Wirtschaftstätigkeit jenseits der genannten Schwellenwerte zugesteht. Die in §§ 66 ff. AO normierten Zweckbetriebe verdeutlichen, dass es bei diesen um Einrichtungen geht, die herkömmlicherweise in der Trägerschaft eines e.V. betrieben werden und ein erhebliches geschäftliches Volumen umfassen können. Zu erwähnen sind etwa die in § 68 Nr. 7 AO aufgeführten „kulturellen Einrichtungen, wie Museen, Theater, und kulturellen Veranstaltungen, wie Konzerte, Kunstausstellungen“.

4. Der Dualismus von gemeinnützigen und anderen Marktteilnehmern

Der Gesetzgeber setzt mit der Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO voraus, dass gemeinnützige Rechtsträger und nicht privilegierte Anbieter auf demselben Markt tätig werden können. Dies ist im Sport nicht anders als z.B. in der Wohlfahrtspflege und im Krankenhauswesen. Im letzteren Sektor konkurrieren in Deutschland ca. 750 Krankenhäuser in gemeinnütziger Trägerschaft mit „gewerblichen“ Einrichtungen. Dies führt immer wieder zu dem wenig sachkundigen Anwurf, die gemeinnützigen Träger flüchteten sich in eine „Steueroase“. Dies ist schon deswegen falsch, weil eher eine „Flucht aus der Gemeinnützigkeit“ festzustellen ist: Ob ein Träger seinen Status als gemeinnützig beibehalten will, ist letztlich eine Frage der Abwägung.⁷³³ Anlässlich der Evaluation des sog. Monti-Kroes-Pakets haben die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege, der Deutsche Städtetag u.a. sich mit der Frage befasst, ob das steuerliche Gemeinnützigkeitsrecht eine staatliche Begünstigung i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu Lasten gewerblicher Mitbewerber sei.⁷³⁴ Dies ist zu Recht verneint worden:

„Steuervorteile, die aus dem Gemeinnützigkeitsstatus resultieren, müssen unberücksichtigt bleiben, weil dieser Status auf der anderen Seite ebenso sehr wirtschaftliche Nachteile für die Einrichtungen nach sich zieht.“

Die Deutsche Bank⁷³⁵ erörtert in ihrer Studie „Wirtschaftsfaktor Wohlfahrtsverbände“ die Frage, ob der Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit z.B. für die Wohlfahrtsverbände insgesamt vorteilhaft ist.

Jeder Marktteilnehmer, der entsprechende Leistungen erbringt, kann sich entscheiden, ob er um der – wie dargelegt begrenzten – steuerlichen Privilegierung willen die Restriktionen des Gemeinnützigkeitsrechts in Kauf nimmt, die da sind:

- ausschließliche, unmittelbare und selbstlose Förderung der Allgemeinheit;
- Gebot der zeitnahen Mittelverwendung;
- Verwendungsgebot auch für Erträge aus Vermögensverwaltung, aus steuerbefreiten Zweckbetrieben und aus steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben;
- strikte Vermögensbindung;
- striktes Ausschüttungsverbot;
- Bindung auch der stillen Reserven aus dem ideell gebundenen Vermögen für die ideellen Zwecke;
- Verbot der Quersubventionierung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs mit ideellen Mitteln;
- Anforderungen an die Kalkulation und Gestaltung von Entgelten⁷³⁶;
- u.U. „Deckelung“ des im Zweckbetrieb vereinnahmten Entgelts (exemplarisch § 4 Nr. 18 UStG – „Abstandsgebot“);
- Strenge Kontrolle durch Finanzamt und im Falle von Stiftungen durch die Stiftungsaufsicht.

Es führt daher in die Irre, wenn die F. & S. GmbH darauf verweist, dass der TSV S. ein gewerbliches Fitnesscenter übernommen und „fortgeführt“ hat. Ab dem Zeitpunkt der Übernahme wird dieser Sportbetrieb im vorstehend skizzierten Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit geführt. Deswegen trifft die Darlegung der F. & S. GmbH nicht zu, es seien „lediglich die Gesellschafter substituiert“ worden. Richtig ist vielmehr, dass das Vermögen nunmehr dem gemeinnützigen Rechtsträger „e.V.“ gehört. Die Mitglieder eines gemeinnützigen Vereins haben – anders als Gesellschafter einer Personen- oder Kapitalgesellschaft – keinerlei Rechte am Vermögen des Rechtsträgers, insbesondere keinen Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben, dass im Falle des Vereinsaustritts ausgezahlt werden müsste. Auch insoweit gilt ein striktes Verbot der Mitgliedernützigkeit.

Jedem Gewerbetreibenden steht es frei, den Betrieb in einen

gemeinnützigen Verein oder in eine gemeinnützige Stiftung einzubringen. Eine diesbezügliche Wahl ist in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer freiheitlichen Rechts-, Markt- und Wirtschaftsordnung inbegriffen. Das BVerfG⁷³⁷ verneint in ständiger Rechtsprechung eine Gleichheitswidrigkeit von (Steuer-)Gesetzen, wenn der Steuerpflichtige die Wahl hat zwischen den zur Gleichheitsprüfung gestellten Gestaltungsalternativen, die je für sich risikolos und ohne großen Aufwand realisiert werden können.

IV. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte - Grundlagen

1. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb

„Was ‚wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb‘ bedeutet, ist seit dem Inkrafttreten des BGB umstritten“.⁷³⁸ Im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH⁷³⁹ sieht die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte den Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB nach der von Karsten Schmidt⁷⁴⁰ begründeten und heute allgemein anerkannten teleologisch-typologischen Methode darin, „aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes,⁷⁴¹ Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Gestaltungsformen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des so genannten Nebenzweckprivilegs überschreitet“.⁷⁴² § 22 BGB hat die Funktion eines „Flankenschutzes der Normativbedingungen des Handelsvereinsrechts“.⁷⁴³ Hierbei ist der Aspekt von Bedeutung, dass das Vereinsrecht keine gläubigerschützende Vorschriften etwa über die Kapitalaufbringung und -erhaltung sowie Bilanzierungs- und Publizitätspflichten enthält. Die Eintragungsfähigkeit eines Vereins ist nicht nach seiner Zielsetzung, sondern danach zu beurteilen, ob sich die Betätigung des Vereins als „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ darstellt und – wenn ja –, in welchem Verhältnis dieser zur nichtwirtschaftlichen Tätigkeit des Vereins steht.

Eine wirtschaftliche Betätigung i.S. der §§ 21 f. BGB ist nach der Rechtsprechung gegeben, „wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig wird, für seine Mitglieder unternehmerische

Teilfunktionen wahrnimmt oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftritt“⁷⁴⁴. Die Zivilrechtsprechung versteht unter einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i.S. der §§ 21, 22 BGB das planmäßige und auf Dauer angelegte Auftreten des Vereins am Markt in unternehmerischer Funktion durch Einschaltung in wirtschaftliche Umsatzprozesse mit einer regelmäßig entgeltlichen Tätigkeit.⁷⁴⁵ Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst kommt es dabei nicht an; deshalb ist es unerheblich, wenn z.B. Eintrittspreise oder Mitgliedsbeiträge nur kostendeckend kalkuliert werden.⁷⁴⁶

Zivilrechtlich – wie auch steuerrechtlich – werden drei Grundtypen von Vereinen unterschieden, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist:⁷⁴⁷

- der Volltypus des unternehmerischen Vereins, der an einem äußeren Markt planmäßig und auf Dauer angelegt Nichtvereinsangehörigen Leistungen gegen Entgelt anbietet. „An diesen Typus knüpfen namentlich die Vorschriften über Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung des Aktienrechts und des GmbH-Rechts an“;⁷⁴⁸
- der Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren aus den Mitgliedern bestehenden Markt, der im Wesentlichen den Merkmalen der Konsumgenossenschaft entspricht, und
- der Verein, der eine genossenschaftliche Kooperation betreibt, also von seinen Mitgliedern mit ausgegliederten unternehmerischen Tätigkeiten betraut wird.

Zum Typus des zweiten Spiegelstrichs gehören auch Sportvereine, die im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe – Tennis- und Kletterhallen, vereinseigene Fitnesscenter, Sportvereinszentren – gegenüber ihren Mitgliedern tätig werden, wobei jedenfalls aus steuerlicher und wohl auch aus zivilrechtlicher Sicht der Mitgliedsbeitrag das hierfür entrichtete Entgelt ist. Letzteres ist auch die Sichtweise des harmonisierten Mehrwertsteuerrechts.

Das BVerwG⁷⁴⁹ hat – einschlägig ist hier der 2. Typus – zur Scientology-Church entschieden, dass Leistungen, die ein Verein in Verwirklichung seines nichtwirtschaftlichen Zwecks seinen Mitgliedern entgeltlich erbringt, einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb i.S. der §§ 21, 22 BGB nur dann begründet, wenn diese Leistungen unabhängig von

mitgliedschaftlichen Beziehungen üblicherweise auch von anderen angeboten werden. Dies vorausgesetzt ist anzunehmen, dass der Verein, der Sportdienstleistungen anbietet, auch nach Auffassung der Verwaltungsgerichte einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält.

2. Das Nebenzweckprivileg

Nach der Rechtsprechung⁷⁵⁰ kann ein „nichtwirtschaftlicher Verein“ auch dann als e.V. eingetragen werden, wenn er zur Erreichung seiner ideellen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. Nebenzweckprivileg).⁷⁵¹

Ob der Betrieb unter das zivilrechtliche Nebenzweckprivileg fällt, hängt nach h.M. „von den Umständen des Einzelfalls ab“, insbesondere ob die wirtschaftliche Tätigkeit hinter die übrigen nichtwirtschaftlichen – „ideellen“ – Aktivitäten des Vereins „wesentlich zurücktritt“, bzw. ob die wirtschaftliche Tätigkeit „nur eine untergeordnete Rolle spielt“ und nur „ein Hilfsmittel zu dessen Erreichung“ ist.⁷⁵² „Der als Nebenzweck betriebene Geschäftsbetrieb muss dem Hauptzweck dienen.“⁷⁵³

Es heißt, die Frage nach dem Vorliegen eines Idealvereins sei unabhängig von den steuerrechtlichen Fragen der Anerkennung seiner Gemeinnützigkeit zu beantworten.⁷⁵⁴ Zur Bejahung eines Idealvereins reiche es nicht aus, dass ein ideeller Zweck verfolgt werde und dass der hier verfolgte Zweck „obendrein gesellschaftlich begrüßenswert ist“.⁷⁵⁵ Das Kammergericht Berlin meint: „Solche Zwecke können ebenso wie nicht ideelle Zwecke kommerzialisiert werden“, weshalb es auch gerade im Bereich von Kindergärten / Kindertagesstätten zahlreiche gewerbliche Betreiber gebe. Dass die Personen, die für den Verein diese unternehmerische Leistung ausführen, dafür selbst kein Entgelt erhalten, nimmt der ausgeübten Tätigkeit nicht das Unternehmerische. Dies hatte das OLG Hamm im Falle eines Behindertensportvereins anders gesehen (unten S. 231). Das KG Berlin⁷⁵⁶ hingegen hat entschieden: „Während auch einer GmbH Gemeinnützigkeit zuerkannt werden kann, schließen sich wirtschaftlicher Zweck und Idealverein aus.“

Die Kommentarliteratur gibt letztlich keinen entscheidungsleitenden

Fingerzeig. Sie lässt Judiz und Augenmaß vermissen, wenn etwa Ellenberger im Palandt⁷⁵⁷ schreibt, trotz Kritik in der Literatur sei das Nebenzweckprivileg auch den Bundesligavereinen zu gewähren. Otto schreibt:⁷⁵⁸ „Die Abgrenzung im Einzelnen ist unklar und letztlich eine Wertungsentscheidung; quantitative Relationen lassen sich praktisch nicht bilden.“ Karsten Schmidt⁷⁵⁹ beurteilt die Rechtspraxis skeptisch:

„Das Nebenzweckprivileg ist auf Abgrenzungsprobleme geradezu angelegt. Die Praxis entscheidet nach Daumenregeln und sagt meist nicht einmal genau, was denn womit in welche Relation gesetzt wird.“

Karsten Schmidt⁷⁶⁰ und Beuthien⁷⁶¹ lehnen eine Konkretisierung des Nebenzweckprivilegs mittels Größenkriterien ab. Das Nebenzweckprivileg zielt nicht ab auf die Ermittlung eines Hauptzwecks des Vereins. Es bestehe vielmehr darin, dass eine als potenziell eintragungsschädlich erkannte – unternehmerische oder genossenschaftliche – Vereinstätigkeit nachträglich aus der Vereinsklassenbestimmung eliminiert werde.⁷⁶² Zustimmend zu Hannelore Hemmerich⁷⁶³ führt Karsten Schmidt aus:

„Gegenstand der erforderlichen Abwägung ist eine Mittel-Zweck-Relation. Dabei wird man . . . wirtschaftliche Tätigkeiten als unschädlich ansehen können, die entweder einem funktionsfähigen Vereinsleben dienen (Bewirtung, Information, Kommunikation) oder im Dienste einer nichtwirtschaftlichen (z.B. karitativen) Gesamtzweckverfolgung unentbehrlich sind. Andere, d.h. nicht unentbehrliche ökonomische Tätigkeiten sind dagegen nur anzuerkennen, wenn sie jedenfalls in den Dienst der nichtwirtschaftlichen Vereinstätigkeit gestellt sind und nach abstrakter wie konkreter Betrachtung keine Gefahr für die Gläubigerinteressen mit sich bringen. Das gilt auch für die Auslagerung von Unternehmenstätigkeiten auf Tochtergesellschaften.“

Angesichts der zutreffenden Erkenntnis, dass der ideelle Verein ein soziales Grundrecht auf Selbstfinanzierung seiner satzungsmäßigen Zwecke hat, ist für Beuthien⁷⁶⁴ entscheidend, dass dieser ein wirtschaftliches Geschäft betreiben kann, „um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu verschaffen. „Daher entscheidet über den zulässigen Umfang der Nebengeschäfte der Finanzbedarf der Vereinshaupttätigkeit. . . . Das Nebengeschäftsprivileg ist also nicht stets auf objektiv geringfügige Nebengeschäfte beschränkt.“

Karsten Schmidt⁷⁶⁵ hat sich ausführlich mit den Lizenzsport-Vereinen befasst und kommt zu dem Schluss:

„Universalsportvereine und andere Sportvereine mit umfangreichen Amateurbedteilungen können . . . trotz bedeutsamer Lizenzsportabteilungen noch unter das Nebenzweckprivileg fallen. Auch dem Deutschen Fußballbund wird man in Anbetracht der Bedeutung, die seinen eintragungsschädlichen – insbesondere organisatorischen und sportpolitischen – Aktivitäten zukommt, das Nebenzweckprivileg konzederen können.“

Wollte man das Problem in der Weise formulieren, dass – so einige Oberlandesgerichte – der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb stets eine neben der ideellen Zweckverwirklichung einhergehende Tätigkeit sein muss, würde dies im Ergebnis dazu führen, dass z.B. ein Verein, dessen – einziger – ideell-gemeinnütziger Hauptzweck der Betrieb eines Kindergartens ist, sich bereits a limine nicht auf das Nebenzweckprivileg berufen kann, denn es fehlt am „Neben“-Zweck. Diese Schlussfolgerung kann jedenfalls nicht mit der einschlägigen Rechtsprechung des BGH begründet werden.

Bei der qualitativen Zuordnung der Nebentätigkeit zur ideellen Haupttätigkeit fragt die Rechtsprechung danach, ob die nichtwirtschaftliche Betätigung das Erscheinungsbild des Vereins prägt und dominiert.⁷⁶⁶

Das KG Berlin⁷⁶⁷ führt zu einem Verein zur Förderung der Klaviermusik aus:

„Die Veranstaltung von Konzerten und das Veröffentlichen von Klaviermusik u.a. ist dem nichtwirtschaftlichen Zweck der Förderung von Klaviermusik – wenn man denn von einem solchen ausgehen will – dann nicht mehr funktional untergeordnet, wenn das Ausmaß der wirtschaftlichen Tätigkeit bzgl. zeitlichem, finanziellem und personellem Aufwand über dem für die übrigen Maßnahmen auf dem Gebiet des betreffenden ideellen Zwecks liegt.“

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Auffassung des KG Berlin erkennt das Wesen des Zweckbetriebs und würde, wenn sie zuträfe, zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung derjenigen Vereine führen, bei

denen sich, wie dies für den Zweckbetrieb von Gesetzes wegen typusprägend ist, die gemeinnützige Zweckverfolgung gerade in der wirtschaftlichen Betätigung ausdrückt. Bereits hieraus wird deutlich, dass – im Steuerrecht zumeist sachunkundige – Oberlandesgerichte die Axt an die Wurzel der zweckbetrieblichen Leistungserbringung in der für Sportdienstleistungen typischen Rechtsträgerschaft eines e.V. legen.

Das OLG Frankfurt⁷⁶⁸ hat mit Beschluss v. 28.10.2010 die Entscheidung eines Amtsgerichts bestätigt, das von der Löschung eines e.V. nach § 395 FamFG abgesehen hat. Der Verein bot nicht nur vereinsintern seinen Mitgliedern, sondern auch Dritten gegenüber planmäßig und auf Dauer gegen Entgelt die Nutzung der Kletterhalle sowie entsprechende Kurse und Seminare an. Das OLG stellte fest, dass die Voraussetzungen des Nebenzweckprivilegs vorlagen, was freilich nicht anhand von objektiven Größenkriterien zu entscheiden sei. Stattdessen sei auf eine qualitative Zweck-Mittel-Relation abzustellen. Zur weiteren Begründung heißt es:

„Derartige quantitative Kriterien, wie beispielsweise eine summenmäßige, absolute Umsatzgrenze für den Nebenbetrieb, oder ein Vergleich der Einnahmen aus der ideellen Betätigung mit den Einnahmen aus dem wirtschaftlichen Nebenbetrieb bzw. der jeweiligen Einnahmenverwendung, oder ein Vergleich des Wertes der insoweit jeweils erbrachten Leistungen widersprechen schon dem gesetzgeberischen Anliegen, auch einen Verein eintragen zu können, der neben seinem idealen Hauptzweck ein wirtschaftliches Geschäft betreibt, um sich hierdurch die zur Erreichung jener Zwecke erforderlichen Mittel zu beschaffen. . . . Gegen die Anwendung objektiver Kriterien zur Abgrenzung spricht auch, dass hierfür eine Bewertung der vielen ehrenamtlichen Leistungen der Vereinsmitglieder, und vor allem deren Ergebnisse, auf Seiten der ideellen Betätigung des Vereins mit eingestellt werden müsste, die aber in dieser Form nach Ansicht des Senats gerade nicht bewertbar sind. Wie will man beispielsweise das Ergebnis der Unterhaltung eines Klettersteiges oder einer Schutzhütte in den Alpen in eine Berechnung einstellen? Selbst die dafür sonst erforderlichen Kosten bei kommerzieller Vergabe dürften kein ausreichender Maßstab sein.“

Das OLG Frankfurt berührt damit einen zentralen Aspekt: Die Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs kann –

typischerweise – erforderlich sein, um den ideellen Satzungszweck finanzieren zu können. Dies vorausgesetzt müssten, um dem „Neben“-Zweck-Privileg gerecht zu werden, zwei Tätigkeiten, die sich einem auf das äußere Erscheinungsbild bezogenen Größenvergleich entziehen, zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Dies kann letztlich zur Willkür führen. Als Beispiel sei der Verein genannt, der sich – diplomatisch und im Stillen – um in einer Diktatur inhaftierte Bürgerrechtler kümmert und diese Arbeit mit einem pompös und aufwendig kommunizierten Wohltätigkeitsball finanziert. Hier führt eine unkritische Anwendung des „Nebenzweckprivilegs“ zu bizarren Ergebnissen.

Vor allem aber gibt es Fälle, in denen sich die ideelle Zweckverwirklichung im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb selbst ausdrückt. Bei typischen Zweckbetrieben i. S. der §§ 65 ff. AO, die z.B. ihren Mitgliedern Sportanlagen zur Nutzung überlassen, ist dies der Hauptzweck; einen „Nebenzweck“ gibt es nicht, jedenfalls nicht notwendigerweise. „Nebenzweck“ ist nicht der ideelle Zweck, denn letzterer wird gerade durch den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verfolgt. So lag es auch in dem vom OLG Karlsruhe⁷⁶⁹ entschiedenen Fall der Bewirtschaftung eines Schwimmbads.

Unverständlich sind die Ausführungen des Kammergerichts Berlin⁷⁷⁰ im Klaviermusik-Fall:

„Der Beteiligte hat nicht aufgezeigt, dass der Aufwand für die Konzerte und die Klaviermusikveröffentlichungen geringer ist als der für seine sonstige Tätigkeit im Rahmen der Unterstützung von Pianisten und Komponisten die Förderung der Ausbildung in Komposition am Klavier.“

Im Falle des Comedyfilm-Vereins hat das KG Berlin⁷⁷¹ neben den entgeltlichen Vorführungen einen Hauptzweck vermisst. Im Kita-Fall verneinte das KG⁷⁷² das Nebenzweckprivileg, weil die wirtschaftliche Tätigkeit einem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins funktional untergeordnet war.

Demgegenüber hat das OLG Hamm⁷⁷³ das Problem im Falle des Sportvereins für Behinderte zutreffend erkannt:

„Das Gesetz stellt die Rechtsform des Vereins gerade zur Verfügung, um bestimmte ideale Zwecke gemeinsam und ohne Gewinnerzielungsabsicht

verwirklichen zu können.“

Das OLG Frankfurt⁷⁷⁴ hat in seiner Kletterhallen-Entscheidung das „Wesen“ des Zweckbetriebs verkannt, wenn es ausführt (Unterstreichung durch den Verfasser):

„Danach handelt es sich dann um eine Tätigkeit eines Vereins im Rahmen des Nebenzweckprivilegs, wenn es sich bei der wirtschaftlichen Betätigung um eine untergeordnete, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienende Tätigkeit handelt (BGH. v. 29.09.1982 – I ZR 88/80, NJW-RR 2006, 1698). Die Hauptbetätigung des Vereins muss nach wie vor die ideelle Tätigkeit sein, was dann nicht der Fall ist, wenn die wirtschaftliche Betätigung faktisch den einzigen Zweck des Vereins darstellt. . . . Weiterhin muss sich die unternehmerische Tätigkeit im Rahmen des Vereinszwecks halten und sich bei natürlicher Betrachtungsweise als ein die ideelle Betätigung ergänzendes, noch objektiv sinnvolles Mittel zur Förderung des Vereinszwecks darstellen. Gibt das ideelle Tätigkeitsfeld dem Verein das Gepräge und bestimmt sein Erscheinungsbild, rechtfertigt es die wirtschaftliche Tätigkeit, wenn diese dem ideellen Hauptzweck nützlich ist . . . oder ihm funktional dienlich ist.“

Das OLG Frankfurt verkennt das Wesen des Zweckbetriebs. Allerdings hat es der beschwerdeführenden Trägerkörperschaft das Nebenzweckprivileg zugebilligt.

3. „Alle gemeinnützigen Vereine sind nichtwirtschaftlich“

Zuzustimmen ist der Rechtsprechung, die – wie etwa das Schleswig-Holsteinische OLG (unten S. 236), das OLG Stuttgart (unten S. 239), tendenziell auch das KG Berlin (unten S. 238) – das Nebenzweckprivileg anerkennen, wenn sich in der wirtschaftlichen Betätigung die ideelle Zweckverwirklichung des Vereins ausdrückt. Das Schleswig-Holsteinische OLG⁷⁷⁵ hat entschieden: „Ein gemeinnütziger Zweck des Vereins ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet“. In dem von ihm entschiedenen Fall seien die Umstände „deutliche Indizien dafür, dass der Betroffene in erster Linie nicht wirtschaftliche Zwecke, nämlich die Förderung der Jugendhilfe und Erziehung, verfolge“. Dieser Auffassung hat sich das OLG Stuttgart⁷⁷⁶ ausdrücklich angeschlossen.

Damit wird letztlich die in § 65 AO normierte Idee des Zweckbetriebs in das Vereinsrecht inkorporiert. Dies entspricht der Auffassung, die Karsten Schmidt⁷⁷⁷ unter Bezugnahme auf Hannelore Hemmerich⁷⁷⁸ zur Konkretisierung des Nebenzweckprivilegs vertreten hat. Die Genannten kennzeichnen eine Fallgruppe mit dem Hinweis auf „wirtschaftliche Tätigkeiten, „die im Dienste der (z.B. karitativen) nichtwirtschaftlichen Gesamtzweckverfolgung nahezu unentbehrlich sind.“ Hemmerich nennt als Beispiele das Deutsche Rote Kreuz, das zur Verfolgung seiner unternehmerischen Zwecke – Blutspendendienste, Rettungsfahrten u.a. – unternehmerisch tätig wird, ferner Volkshochschulen und sieht Anhaltspunkte für die hier in Betracht kommenden Geschäftsbetriebe in den in § 68 AO normierten Beispielsfällen für den steuerlichen Zweckbetrieb. Hemmerich führt aus: „Ein Zweckbetrieb setzt nämlich nach § 65 AO voraus, dass der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb dazu dient, die satzungsmäßigen Zwecke der Körperschaft zu verwirklichen und dass diese ohne den Geschäftsbetrieb nicht erreicht werden können.“ Auch H.P. Westermann⁷⁷⁹ ist der Meinung, dass gemeinnützige Vereine i.d.R. nichtwirtschaftlich tätig sind. Und Dieter Reuter⁷⁸⁰ schlussfolgert, dass für die Anwendung des Nebenzweckprivilegs der objektive Umfang des Geschäftsbetriebs keine Rolle spielen kann:

„Wichtig ist nur, dass das Unternehmensinteresse nicht als mit der Erfüllung des nichtwirtschaftlichen Zwecks konkurrierendes Interesse wirkt. . . . (Vielmehr) muss das Bemühen und eine möglichst wirksame Erfüllung des nichtwirtschaftlichen Zwecks das Vereinsleben prägen. Es muss für den objektiven Beobachter deutlich erkennbar sein, dass das Unternehmen ausschließlich wegen seines fördernden Einflusses auf die Verwirklichung des nichtwirtschaftlichen Vereinszwecks betrieben wird und dass es zur Disposition steht, wenn sich diesbezüglich günstigere Alternativen ergeben.“

Dieter Reuter⁷⁸¹ zieht das Fazit:

„Zwar sind nicht alle nichtwirtschaftlichen Vereine gemeinnützig, wohl aber (u.U. mit Ausnahme von § 68 Nr. 3 AO) alle gemeinnützigen Vereine nichtwirtschaftlich.“

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Es dürfte der Auffassung von Reuter⁷⁸² entsprechen, dass ein Sportverein als Nebentätigkeit ein für das

allgemeine Publikum geöffnetes Fitnesscenter, nicht dagegen ein Geschäft für Sportutensilien betreiben kann.

V. Die zivilrechtliche Kasuistik im Einzelnen (chronologisch)

1. Vorbemerkungen

Die Zivilrechtsprechung hat sich mit auf vielfältige Zwecke ausgerichteten Personenzusammenschlüssen befasst. Die einschlägigen Urteile haben Aufsehen erregt, weil sie Zusammenschlüsse betrafen, die in der Mitte der Zivilgesellschaft agieren und der im soziologischen Sinne „typischen“ Vereinslandschaft zuzurechnen sind. Diese verfolgten zumeist nicht ausschließlich unternehmerisch-wirtschaftliche Ziele, wie dies etwa bei einer Taxizentrale, einem „Verein“ zur Bewirtschaftung von Mietwohnungen oder einer Unterstützungskasse der Fall ist.⁷⁸³ Die Bedarfslage zivilgesellschaftlicher Zusammenschlüsse ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass der Verein „der Natur der Sache nach“ auf einen Mitgliederwechsel ausgelegt ist und er bereits deswegen als das angemessene Organisationsformat erscheint.

2. Entscheidungen der Zivilgerichte

OLG Hamm v. 06.09.2007 – 15 W 129/07 – Anspruch eines Behindertensportvereins auf Eintragung in das Vereinsregister

Nach Auffassung des OLG Hamm⁷⁸⁴ wird der ideale Zweck eines Behindertensportvereins nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Verein beabsichtigt, Fördergelder von Sozialversicherungsträgern in Anspruch zu nehmen, die für Teilnahme ihrer Versicherten an Sportveranstaltungen im Rahmen des organisierten Vereinssports mit der Maßgabe gewährt werden, dass deren Teilnahme nicht von einer Vereinsmitgliedschaft abhängig gemacht werden darf. Dies wird u.a. damit begründet, dass der Schwerpunkt der satzungsgemäßen Tätigkeit in der Organisation und Durchführung von Behindertensport in bestimmten Kursen liegt, die auf einzelne Behinderungsarten zugeschnitten sind. Dabei handele es sich „um einen ganz typischen Zweck eines Idealvereins wie bei anderen Sportarten auch“. Das OLG führt weiterhin aus:

„Der ideale Zweck der Tätigkeit, zu dem sich die Vereinsmitglieder mit der Vereinsgründung zusammenschließen, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das einzelne Vereinsmitglied sein ideales Bedürfnis wahlweise auch durch die Inanspruchnahme einer gewerblichen Dienstleistung befriedigen könnte. Das Gesetz stellt die Rechtsform des Vereins gerade zur Verfügung, um bestimmte ideale Zwecke gemeinsam und ohne Gewinnerzielungsabsicht verwirklichen zu können.“

Die „Leistung“ des Vereins gegenüber Nichtmitgliedern liege, so das OLG, im Rahmen des Nebenzweckprivilegs.

Schleswig-Holsteinisches OLG v. 06.08.2010 – 2 W 112/10 - Wirtschaftliche Betätigung eines Saunaver eins

Ein Saunaver ein, der den Zweck verfolgt, den Saunabetrieb in den gemieteten Räumlichkeiten für seine Mitglieder und durch deren ehrenamtliche Tätigkeit aufrecht zu erhalten und die weiteren Kosten aus Mitgliedsbeiträgen zu bestreiten, ist auch dann ein nicht wirtschaftlicher Verein, wenn er aufgrund einer Vereinbarung mit dem Vermieter (Badbetreiber) Nichtvereinsmitglieder als Besucher gegen Zahlung eines Eintrittspreises dulden muss, der von dem Badbetreiber vereinnahmt wird.⁷⁸⁵ Soweit ausschließlich Vereinsmitglieder den angemieteten Saunabereich nutzen und den Betrieb durch ehrenamtliche Leistungen ermöglichen sowie die weiteren Kosten (insbesondere Miete und Energie) aus Mitgliedsbeiträgen finanziert werden, bestehen nach Auffassung des OLG keine Bedenken hinsichtlich der Verfolgung eines ideellen Zwecks. Jedenfalls bei Sportvereinen spricht es ebenso wie z.B. bei Musikschulvereinen nicht zwingend gegen eine Eintragung in das Vereinsregister, wenn auch entgeltliche Leistungen für Nichtmitglieder angeboten werden. Derartige Angebote können durchaus im Rahmen des Nebenzweckprivilegs liegen, insbesondere wenn sie auch in der Erwartung geschehen, dass die Teilnehmer langfristig als Vereinsmitglieder gewonnen werden können.⁷⁸⁶

OLG Frankfurt v. 28.10.2010 – keine Löschung eines e.V. nach § 395 FamFG (Kletterhalle)

Im Beschl. des OLG Frankfurt v. 28.10.2010⁷⁸⁷ (s. oben Abschn. IV. 2.)

ging es um das von einer Sektion des Deutschen Alpenvereins errichtete Kletterzentrum, in dem neben Vereinsmitgliedern auch Dritten das Indoorklettern sowie Seminare und Kurse angeboten werden. Das OLG bestätigt die Entscheidung des Amtsgerichts, das von einer Löschung des e.V. aus dem Vereinsregister nach § 395 FamFG abgesehen hat. Nach dieser Vorschrift kann das Registergericht einen Verein auch aus dem Register löschen, wenn seine Eintragung aufgrund des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung erst nachträglich unzulässig geworden ist. Das Amtsgericht, so das OLG, habe zu Recht das Vorliegen eines wesentlichen Mangels im Sinne des § 395 FamFG verneint. Die rechtmäßige Eintragung als nicht wirtschaftlicher Verein sei bislang unzweifelhaft gewesen. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Verein durch eine spätere Aufnahme des Betriebs der Kletterhalle nicht mehr die Kriterien eines nicht wirtschaftlichen Vereins im Sinne von § 21 BGB erfülle. Der Verein könne zu Recht das Nebenzweckprivileg in Anspruch nehmen. Dies könne freilich nicht aufgrund objektiver Größenkriterien entschieden werden; stattdessen sei auf eine qualitative Zweck-Mittel-Relation abzustellen.

Zur Ermessensentscheidung auf der Grundlage des § 395 FamFG s. unten Abschn. VI.6.

KG Berlin v. 18.01.2011 – Kindergarten

Nach dem Beschl. des KG Berlin v. 18.01.2011⁷⁸⁸ ist ein planmäßiger, auf Dauer angelegter Betrieb von Kindergärten/Kindertagesstätten gegen Entgelt unternehmerische Betätigung, selbst wenn dieser Betrieb nur kostendeckend geführt werden soll. Das KG⁷⁸⁹ verneint das Nebenzweckprivileg, weil die wirtschaftliche Tätigkeit einem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck des Vereins funktional untergeordnet war.

KG Berlin v. 20.01.2011 – Vorführung von Comedyfilmen

Im Fall des Beschl. des KG v. 20.01.2011⁷⁹⁰ sollte der Zweck des Vereins darauf gerichtet sein,

„den internationalen Comedyfilm bekannt zu machen und insbesondere zu zeigen, wie sich internationale Filme persiflierend mit politischen,

gesellschaftlichen oder alltäglichen Fragestellungen auseinandersetzen. Dadurch soll auf Probleme und deren Lösungen aufmerksam gemacht und interkulturelle Verständigung gefördert werden. Dieser Zweck soll insbesondere verwirklicht werden durch Durchführung regelmäßiger Filmvorführungen und ein jährliches Filmfestival.“

Das KG sieht hierin eine „entgeltliche unternehmerische Betätigung“. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst komme es dabei nicht an. Diese wirtschaftliche Betätigung falle nicht unter das sog. Nebenzweckprivileg. Die entgeltliche Durchführung von Filmvorführungen werde ausschließlich durch das Zeigen der Filme verwirklicht.

OLG Karlsruhe v. 30.08.2011 – Betrieb eines Schwimmbads

Nach dem Beschl. des OLG Karlsruhe v. 30.08.2011⁷⁹¹ ist ein Verein, der als Hauptzweck ein vormals kommunal geführtes öffentliches Schwimmbad fortführen und gegen Eintrittsentgelt der Öffentlichkeit zugänglich machen will, auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Dies auch dann, wenn das Schwimmbad nach der Vereinssatzung zwar nur Vereinsmitgliedern zur Verfügung stehen soll, Nichtmitglieder aber eine „Tagesmitgliedschaft“ gegen ein Entgelt erwerben können, dessen Höhe den Eintrittspreisen öffentlicher Schwimmbäder entspricht. Nach Auffassung des OLG ist der Verein – gegenüber beliebigen Besuchern – auf einem äußeren Markt“ tätig und tritt durch den Betrieb eines öffentlichen Schwimmbads in vielfältige Rechtsbeziehungen zu Dritten, welche die Verweisung auf eine der dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen geboten erscheinen ließen. Es sei davon auszugehen, dass der Betrieb des Schwimmbads den Hauptzweck, „wenn nicht sogar den einzigen Zweck des Vereins“ bilde.

KG Berlin v. 07.03.2012 - Klaviermusik

Der bereits mehrfach erwähnte Beschluss des KG Berlin v. 07.03.2012⁷⁹² betraf einen Verein zur Förderung von Klaviermusik, der nach seiner Satzung u.a. Klavierkonzerte veranstalten wollte. Das Amtsgericht hatte die Eintragung als e. V. abgelehnt mit der Begründung, allein das Veranstalten von Konzerten und die Veröffentlichung von Klaviermusik

seien keine ideellen Tätigkeiten, sondern erforderten zu ihrer Umsetzung, für die es einen Markt gebe, einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Es heißt wörtlich:

Das Registergericht „ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beteiligte . . . insbesondere beim ‚Veranstalten von Konzerten‘ und dem ‚Veröffentlichen von Klaviermusik‘ keinen ideellen Zweck verfolgt, da es für diese Tätigkeiten einen Markt gibt. . . . Diese Zweifel werden dadurch verstärkt, dass die Finanzierung des Vereines offenbar fast ausschließlich aus den durch das Veranstalten von Konzerten und dem Veröffentlichen von Klaviermusik erzielten Einnahmen erfolgt. . . . Der Schwerpunkt (liegt) ganz eindeutig beim Veranstalten von Konzerten und Veröffentlichen von Klaviermusik, die offenbar der Mittelbeschaffung dienen sollen. . . . In jedem Fall ist aber mit dem Amtsgericht Charlottenburg davon auszugehen, dass die Umsetzung dieser Tätigkeiten einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erfordern.“

Bedauerlicherweise erkennt das Kammergericht das Wesen des Zweckbetriebs i.S. der §§ 65 ff. AO, wenn es meint:

„Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats . . . ist die Frage eines Idealvereins losgelöst von steuerrechtlichen Fragen der Anerkennung einer Gemeinnützigkeit zu beantworten. Während auch einer GmbH Gemeinnützigkeit zuerkannt werden kann, schließen sich wirtschaftlicher Zweck und Idealverein aus.“

Schleswig-Holsteinisches OLG v. 18.09.2012 – Kindertagesstätte

Eine andere Tendenz ergibt sich aus dem sorgfältig begründeten Beschluss des Schleswig-Holsteinischen OLG v. 18.09.2012⁷⁹³. Hiernach hängt es von den Umständen ab, ob ein Verein, dessen Zweck der Betrieb einer Kindertagesstätte i.S. des § 1 Kindertagesstättengesetz Schleswig-Holstein ist, auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Das Registergericht hatte zu prüfen, ob satzungsgemäß ein ideeller oder sonstiger nicht wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Das OLG geht davon aus, es sei anerkannt, dass Vereine mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Bildung und Erziehung in der Regel nichtwirtschaftliche Zwecke i.S. des § 21 BGB verfolgen, wie zum Beispiel Trägervereine von Kinderkrippen, Kindergärten, Kinderhorten und Jugendzentren. Dem Volltypus des

unternehmerischen Vereins sei der Beschwerdeführer schon deshalb nicht zuzuordnen, weil er nicht Leistungen an einem äußeren Markt anbiete. Das Kammergericht komme zwar – ausgehend von der sicherlich zutreffenden Annahme, dass ideelle Zwecke kommerzialisiert werden können – zu dem Schluss, dass das Angebot von Leistungen zur Kinderbetreuung gegen Entgelt eine unternehmerische Tätigkeit ist. Sollte dies tatsächlich in dieser Allgemeinheit im Sinne eines Automatismus zu verstehen sein, so könne der Senat dem nicht folgen. Bei der Abgrenzung dürfe „nicht in Vergessenheit geraten, dass die zur Abgrenzung aufgestellten Kriterien helfen sollen, Vereine zu identifizieren, deren Hauptzweck es ist, ein Unternehmen zu betreiben oder wie ein Unternehmen am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen“. Bei der Prüfung dürften die besonderen Wertungen, die der Landesgesetzgeber mit den Regelungen des KiTaG getroffen habe, nicht unberücksichtigt bleiben. Sollte sich erweisen, dass es sich bei dem Betroffenen um eine Kindertageseinrichtung handle, die in den Bedarfsplan des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nach § 7 Abs. 1 KiTaG aufgenommen worden sei und deren Betriebskosten nach § 25 Abs. 1 KiTaG finanziert würden, stelle sich die Frage, ob der für einen wirtschaftlichen Verein nach § 22 BGB maßgebende Aspekt der Gewährleistung des Gläubigerschutzes überhaupt berührt sei. Bei der Abgrenzung, ob ein nicht wirtschaftlicher oder ein wirtschaftlicher Verein vorliege, werde das Registergericht auch zu würdigen haben, dass der Betroffene nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolge, sondern ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke i.S. des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der AO.

OLG Zweibrücken v. 03.09.2013 – 3 W 34/13 – Ein Verein, der ein Fitnessstudio betreibt, ist kein Idealverein

Nach Auffassung des OLG Zweibrücken⁷⁹⁴ kann ein Verein, der ein Fitnessstudio betreibt, nicht als Idealverein in das Vereinsregister eingetragen werden, weil es sich im Regelfall um einen wirtschaftlichen Verein handelt.

OLG Dresden v. 07.01.2013 – 2 W 171/12 - Gerätetraining

Das OLG Dresden hat unter dem 07.01.2013⁷⁹⁵ entschieden, dass ein Verein, der neben seinem ursprünglichen Schwerpunkt im Gewichtheben-,

Fitness- und Kraftsporttraining auch Gerätetraining und Kurse für Aerobic, Nordic-Walking, Yoga und WingTsun anbietet, ein Idealverein ist. Nach Ansicht des OLG wird der ideelle Zweck nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Mitglieder sportliche Aktivitäten auch durch Inanspruchnahme gewerblicher Dienstleistungen ausüben können. Gegen eine Gewinnerzielungsabsicht sprechen die im Vergleich zu den Tarifen bei gewerblichen Anbietern niedrigen Beiträge.

OLG Zweibrücken v. 03.09.2013 – Fitnessstudio eines Vereins

Nach dem Beschl. des OLG Zweibrücken⁷⁹⁶ v. 03.09.2013 kann ein Fitnessstudio nicht als Idealverein in das Vereinsregister eingetragen werden, weil es sich im Regelfall um einen wirtschaftlichen Verein handelt. Ganz offensichtlich war dieser Verein nicht als gemeinnützig anerkannt. Es heißt in der Begründung des Beschlusses:

„Nach Mitteilung der IHK bietet das Fitnessstudio des Vereins die typischen Leistungen eines an einem äußeren Markt gewerblich tätigen Fitnessstudios an, wie etwa Cardio-Training, Fitness-Training, Yoga und Bodyshaping sowie Ernährungsberatung. . . .

Im Weiteren unterscheidet sich der einzutragende Verein maßgeblich von einem Sportverein, dessen Charakter als Idealverein im Einzelfall auch nicht notwendig dadurch verloren geht, dass dieser im Rahmen seines Nebenzweckprivilegs ein Fitnessstudio als Zweckbetrieb unterhält (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.10.2010, 20 W 254/10, juris), wobei einer solchen Betätigung allerdings enge Grenzen zu setzen sind.

Sportvereine als Idealvereine sind dadurch gekennzeichnet, dass sie grundsätzlich allen Menschen zugänglich sind und einen Gewinn im ökonomischen Sinn nicht erzielen. Sie sind selbstorganisiert und ihre sportliche Betätigung findet zum Teil in subventionierten Räumen (Sporthallen) oder auf subventionierten Flächen (Sportplätzen) statt. Die Mitglieder haben regelmäßig nur geringe Beiträge zur Erfüllung der Gemeinnützigkeit des Vereins zu zahlen. Feste Trainingszeiten und die Teilnahme unter dem Namen des Vereins an organisierten sportlichen Wettkämpfen sind weitere, typische Kennzeichen eines Idealvereins. . . .“

Die letztere Charakterisierung des Vereins trifft nicht zu. Unzutreffend ist auch die Beobachtung, dass ein Idealverein nicht professionell geführt

werde und auch keinen hauptamtlichen und „aus erwirtschafteten Gewinnen“ entlohten Vorstand habe. Diese Annahme wird widerlegt durch die Erhebungen des ZIVIZ-SURVEY 2012.

KG Berlin v. 23.06.2014 – Gesundheitspflege, Verbraucherberatung, Verbraucherschutz

Im Falle des Beschlusses des Kammergerichts Berlin v. 23.06.2014⁷⁹⁷ verfolgte der Verein als ideelle Ziele die Förderung des öffentlichen Gesundheitswesens und der öffentlichen Gesundheitspflege sowie der Verbraucherberatung und des Verbraucherschutzes. Dies allein reichte dem Kammergericht zur Bejahung eines Idealvereins nicht aus. Im jeweiligen Einzelfall sei für die Abgrenzung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein auf den tatsächlich verfolgten Zweck, der sich aus einer beabsichtigten oder bereits ausgeübten Tätigkeit ergeben könne, abzustellen. Soweit der Verein unentgeltlich Leistungen erbringt und Aktivitäten durchführt, sei eine wirtschaftliche / unternehmerische Tätigkeit (noch) nicht anzunehmen. Es sollten weder individuelle Behandlungen entgeltlich durchgeführt noch eine individuelle Rechtsberatung gegen Vergütung erteilt werden. Allerdings sei der beschwerdeführende Verein als wirtschaftlicher und nicht als Idealverein anzusehen, weil seine Satzung es zulasse, dass der Verein zur Verfolgung seiner satzungsgemäßen Zwecke Unternehmen gründe oder sich an bereits gegründeten Unternehmen beteilige. Eine darin etwa liegende wirtschaftliche Betätigung des Vereins solle zwar ausnahmslos den ideellen Zwecken des Vereins untergeordnet sein. Indes stelle sich die Beteiligung eines Vereins an einer gewerblich tätigen Personengesellschaft regelmäßig als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb dar. Die Beteiligung des Vereins an einer anderen Körperschaft, wie z.B. einer GmbH oder AG, sei zwar so lange nicht zu beanstanden, wie der Verein nicht tatsächlich entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der Kapitalgesellschaft nehme und dadurch unmittelbar selbst am allgemeinen wirtschaftlichen Geschäftsverkehr teilnehme. Ergibt sich aber wie im konkreten Fall aus der Satzung, dass der Verein auch die Aufnahme unternehmerischer Tätigkeit beabsichtige, müsse er dem Registergericht durch entsprechende Beschreibung seiner Betätigung die Überzeugung verschaffen, dass die beabsichtigte oder bereits aufgenommene wirtschaftliche Tätigkeit dem

ideellen Hauptzweck des Vereins untergeordnet sei. Allerdings könne die Bestätigung des Finanzamtes, dass der Verein ausschließlich gemeinnützige Ziele verfolge, zumindest ein wesentliches Indiz für dessen ideellen Charakter bilden.⁷⁹⁸

Brandenburgisches OLG v. 08.07.2014 - Erhaltung, Nutzung und Verwaltung von Garagen

Das Brandenburgische OLG hat in seinem Beschluss v. 08.07.2014⁷⁹⁹ bei einem Verein mit dem Satzungszweck der Erhaltung und Verwaltung von Garagen einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb angenommen. Nach Auffassung des Gerichts lag die Voraussetzung der Verfolgung eines primär ideellen Vereinszwecks ausweislich einer schon bei der Gründung beschlossenen Satzung von Anfang an nicht vor. Gleichwohl sah das Gericht keinen Anlass zu einer Löschung im Vereinsregister. Die gebotene Abwägung der für und gegen eine Löschung des Beteiligten sprechenden Umstände habe dazu geführt, dem Bestandsinteresse des Beteiligten Vorrang einzuräumen.

Brandenburgisches OLG v. 04.08.2014 – Montessori- und Waldpädagogik für Vorschulkinder

Das Brandenburgische OLG hat im Beschl. v. 04.08.2014⁸⁰⁰ dahingestellt sein lassen, ob ein Verein mit dem Satzungszweck der Montessori- und Waldpädagogik für Vorschulkinder einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält. Das Gericht übte das ihm zustehende Ermessen dahin aus, dass „offensichtlich“ kein öffentliches Interesse an der Löschung eines schon seit etwa zehn Jahren eingetragenen Vereins bestehe. Ebenso offensichtlich sei dem Bestandsinteresse des Vereins der Vorrang einzuräumen.

OLG Stuttgart v. 03.12.2014 – Verein zur Förderung der Waldorfpädagogik

Das OLG Stuttgart hat in seinem Beschl. v. 03.12.2014⁸⁰¹ das Registergericht angewiesen, einen Verein zur Förderung der Waldorfpädagogik, der eine Kindertagesstätte betrieb, in das Vereinsregister einzutragen. Im Ausgangspunkt zutreffend habe das

Registergericht den vom anmeldenden Verein als Rechts- und Wirtschaftsträger geplanten Betrieb einer Waldorfindertageseinrichtung als unternehmerische Betätigung eingestuft. Der Verein wolle planmäßig und auf Dauer angelegt eine entgeltliche Betreuung für die Kinder der Mitglieder und für Kinder aus der Umgebung – insgesamt beschränkt auf 15 Plätze – und damit Leistungen am Markt und nicht nur am (auf die Vereinsmitglieder beschränkten) „Binnenmarkt“ anbieten, wodurch er am Wirtschafts- und Rechtsverkehr wie ein Unternehmer teilnehme. Ein nichtwirtschaftlicher Verein liege vor, wenn der Geschäftsbetrieb im Rahmen einer ideellen Zielsetzung lediglich Nebenzweck sei. Die beabsichtigte Bildung und Förderung orientiere sich dabei an den modernen Erziehungsmethoden auf der Grundlage der Waldorfpädagogik, wobei dieses Ziel unter anderem auch durch den Betrieb der geplanten Kindertagesstätte verwirklicht werden solle. Aber nicht dieser Betrieb als solcher, sondern die Umsetzung des pädagogischen Konzeptes mittels des Betriebes der Waldorfindertageseinrichtung stehe nach den Darlegungen des anmeldenden Vereins im Vordergrund. Der Betrieb der Kindertagesstätte sei danach der Umsetzung des pädagogischen Konzepts unmittelbar zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zur Erreichung des Satzungszwecks. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb habe auch nur ein begrenztes Gewicht. Hierzu führt das OLG Stuttgart aus.

„Insgesamt erscheint es dem Senat daher angesichts der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalles als angemessen, die ideelle nichtwirtschaftliche Zielsetzung als den zentralen Zweck des Vereins zu bewerten und daher das Nebenzweckprivileg eingreifen zu lassen. Insoweit schließt sich der Senat nicht der pauschalierenden und zudem von einer anderen Sachverhaltskonstellation ausgehenden Rechtsauffassung des KG Berlin (DNotZ 2011, 632) an, sondern den Ausführungen des OLG Schleswig (ZStV 2013, 142), auf die verwiesen wird.“

Brandenburgisches OLG v. 23.06.2015 – Betrieb einer Rudolf-Steiner-Kindertagesstätte als Einrichtung der freien Jugendhilfe in Trägerschaft der Eltern

Das Brandenburgische OLG⁸⁰² hat mit Beschl. v. 23.06.2015 entschieden: Ein durch Eltern getragener Verein, dessen Satzungszweck die Jugendhilfe ist, der ferner die Erziehung, Volks- und Berufsbildung auf der Grundlage

der Pädagogik Rudolf Steiners fördert und der diese Satzungsziele durch die Veranstaltung von Vorträgen, Seminaren und Workshops zu Themen der Waldorfpädagogik und durch den Betrieb einer Kindertagesstätte als Einrichtung der freien Jugendhilfe in Trägerschaft der Eltern verwirklicht, ist nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. Das OLG geht von der Erwägung aus, dass insbesondere im Bereich der Freizeitaktivitäten zunehmend kommerzielle Dienstleistungen angeboten werden, die traditionell durch Idealvereine bedient wurden:

„Sportstudios bieten Gruppensportaktivitäten an, kommerzielle Musikschulen treten in Wettbewerb zu Musik- und Musikschulvereinen usw. Aus diesem Befund ist indes nicht abzuleiten, dass (ursprünglich) ideelle Zwecke nur deshalb zu wirtschaftlichen werden, weil sie von Dritten zum Gegenstand gewinnorientierten Handelns gemacht werden.“

In Brandenburg seien die Rahmenbedingungen der Betreuung von Kindern in Kindertagesstätten so gestaltet, dass „ein rechter Gewinn kaum zu erwarten ist“. Für ein Gewinnstreben der Eltern oder des Vereins sei hier kein Raum. Zu denkbaren Rechtsformalternativen führt das OLG aus:

„Eine GmbH, bei der die Gesellschafter zur Einzahlung des Stammkapitals verpflichtet sind und beim Ausscheiden einen Anspruch für den Verlust ihres Geschäftsanteils haben, wird den Interessen der Eltern typischerweise nicht gerecht; denn ihnen geht es gerade nicht um die kapitalmäßige Beteiligung an der Vereinigung. Für die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), welche nach dem Gesetz darauf gerichtet ist, in eine GmbH „hineinzuwachsen“, gilt das Gleiche. Die Organisation als Genossenschaft, die nur dem sozialen oder kulturellen Wohl der eigenen Mitglieder dient, ist zum Betrieb von Kindertagesstätten bislang nur vereinzelt gewählt worden. Diese Organisationsform hätte zur Folge, dass Kindern von Nicht-Genossen der Zugang zu der Kindertagesstätte des Antragstellers grundsätzlich verwehrt bliebe, was ausweislich der Satzung gerade nicht beabsichtigt ist. Denn die Förderung von Nicht-Mitgliedern ist einer Genossenschaft nur in eingeschränktem Umfang möglich . . .“

KG Berlin v. 16.02.2016 – Betrieb mehrerer Kindertagesstätten durch einen Verein

Nach dem Urt. des KG Berlin v. 16.02.2016⁸⁰³ ist ein Verein, der mehrere Kindertagesstätten betreibt, dann kein Idealverein, wenn er Kinderbetreuungsplätze nur oder im Wesentlichen am freien Markt in Konkurrenz zu Drittanbietern bereitstelle. Auf den satzungsmäßig verfolgten Zweck des Vereins komme es insoweit nicht an. Dies gelte unabhängig davon, ob der Verein als gemeinnützig anerkannt sei. Zwar werde ein Verein, der Kindergärten betreibt, in der Regel unproblematisch als gemeinnützig anerkannt. Eine wirtschaftliche Betätigung schade ihnen nicht, weil es sich dabei stets um Zweckbetriebe, d.h. um steuerbegünstigte wirtschaftliche Geschäftsbetriebe i.S. der §§ 65 bis 68 AO handele. Daraus könne indes nicht zwingend auf die Eintragungsfähigkeit des Vereins geschlossen werden. Der Status der Gemeinnützigkeit setze gerade nicht die Rechtsform des Vereins voraus.

VI. Analyse und Kritik an der Rechtsprechung

1. Vorbemerkungen

Die Tendenz der Zivilrechtsprechung, soweit sie vereinsfeindlich ist, verdient Kritik. Sie übersieht, dass

- sich der Dritte Sektor in großem Umfang in der Rechtsform des Vereins organisiert;
- der Dritte Sektor zur Finanzierung seiner Leistungen – gegenüber Vereinsmitgliedern wie gegenüber Dritten – auf die Erhebung von Entgelten auch in Gestalt von Mitgliedsbeiträgen angewiesen ist. Dies führt notwendigerweise zum Entstehen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe;
- der Steuergesetzgeber mit dem Rechtsinstitut des Zweckbetriebs gerade die wirtschaftlich-unternehmerische Betätigung in der Trägerschaft einer Körperschaft – nach dem realen sozialen Befund zumeist als eingetragener Verein – in den Blick genommen und privilegiert hat;
- um des Geltungsanspruchs des Gemeinnützigkeitsrechts willen eine „praktische Konkordanz“ zwischen Zivil- und Steuerrecht hergestellt werden muss, die dem Zweckbetrieb den ihm vom Gesetzgeber zugedachten ungeschmälernten Anwendungsbereich belässt;

- hinreichend rechtlich-methodologische Instrumente zur Verfügung stehen, um für die Anwendung der §§ 21 f. BGB eine Bereichsausnahme für steuerlich begünstigte Zweckbetriebe zu schaffen;
- die steuerrechtliche und die zivilrechtliche (§§ 31a, 31b BGB) Privilegierung der Zweckbetriebe und des dort verwurzelten bürgerschaftlichen Engagements weitestgehend ihre Grundlage verlieren würde, wenn diese nicht mehr in der Trägerschaft des e.V. organisiert werden können;
- alternative zivilrechtliche Gestaltungen nicht zur Verfügung stehen, wie das Brandenburgische OLG⁸⁰⁴ zu Recht erkannt hat;
- der Fortbestand des rechtlichen Formats „e.V.“ nicht zuletzt durch höherrangiges Recht zwingend gefordert ist.

2. Zur Empirie des e.V. als typische Organisationsform des Dritten Sektors

Die Organisationen des Dritten Sektors sind wichtiger Teil der Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements. Das „Assoziationswesen der Zivilgesellschaft“ besteht in Netzwerken, Initiativen, Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften⁸⁰⁵. Die Studie „ZiviZ-Survey2012 – Zivilgesellschaft verstehen“⁸⁰⁶ führt aus: Die Zahl der Vereine und Stiftungen wächst stetig. Der Deutsche Olympische Sportbund⁸⁰⁷ meldet seit Jahren steigende Zahlen von Sportvereinen. Die Registerrauswertung durch den ZiviZ-Survey⁸⁰⁸ aus dem Jahre 2012 hat ergeben, dass es 616.154 Drittsektor-Organisationen in Deutschland gibt. Der organisierte Sport stellt mit 91.000 Mitgliedsvereinen den größten Anteil am Vereinswesen in Deutschland.⁸⁰⁹ Auch Stiftungen, gemeinnützige GmbHs (gGmbH) und Genossenschaften verzeichneten in den letzten Jahren große Zuwächse. Es soll nachfolgend gezeigt werden, dass angesichts des sozialen Befunds die letztgenannten rechtlichen Formate – auch die gemeinnützige Genossenschaft und die gemeinnützige Stiftung – den e.V. nicht ersetzen können. Im ZiviZ-Survey2012 heißt es: „Sport- und Freizeitvereine prägen nach wie vor die Organisationslandschaft“⁸¹⁰:

„Die Organisationen in den Bereichen Sport sowie Freizeit und Geselligkeit machen rund ein Drittel des Dritten Sektors in Deutschland

aus und bilden damit das größte Betätigungsfeld. Viele dieser Organisationen können als Sinnbild für den typischen Verein verstanden werden, denn sie werden im Wesentlichen vom Engagement ihrer Mitglieder getragen, verstehen sich vorwiegend als Mitgliederorganisationen und als gelebte Gemeinschaften und sind meist in ihrer Kommune oder Region tätig.“

Der ZiviZ-Survey2012⁸¹¹ zieht folgende Bilanz:

„Zusammenfassend zeigt sich, dass der Verein für die Organisation bürgerschaftlichen Engagements im Dritten Sektor die mit Abstand wichtigste Rechtsform ist. 97 Prozent des von 17,5 Millionen im Dritten Sektor geleisteten Engagements werden in Vereinen unterschiedlicher Bereiche organisiert. Stiftungen sind mit 1,6 Prozent – das entspricht in etwa 283.000 Engagements – die zweitwichtigste Rechtsform, noch deutlich vor gemeinnützigen GmbHs und Genossenschaften.“

3. Zur Frage der erforderlichen finanziellen Ausstattung

Die Autonomie des Sports und die Subsidiarität der staatlichen Förderung erfordern die Zulässigkeit und darüber hinaus einen angemessenen Rechtsrahmen für die wirtschaftliche Tätigkeit in Gestalt steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe und steuerbegünstigter Zweckbetriebe.⁸¹² Dies ist ein Querschnittproblem des gesamten Dritten Sektors.⁸¹³ Die für seine Organisationen i.d.R. existenznotwendige Eigenfinanzierung darf aus Gründen der Entstehungssicherung der Vereinigungsfreiheit nicht dadurch unangemessen eingeschränkt werden, dass den Vereinen mit wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben die Organisationsform des „e. V.“ vorenthalten wird. Dies wäre ein verfassungsrechtliches Problem, weil die Entstehungssicherung der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) in Frage gestellt wäre.⁸¹⁴

Öffentliche Mittel spielen für die meisten Organisationen eine untergeordnete Rolle. Die meisten Träger finanzieren sich vor allem über Mitgliedsbeiträge, selbsterwirtschaftete Mittel sowie über Spenden und Sponsorengelder⁸¹⁵. Die Mitgliedsbeiträge machten im Jahr 2012 im Durchschnitt 40 Prozent der Gesamteinnahmen aus⁸¹⁶:

„Für mehr als ein Drittel (37 Prozent) sind Mitgliedsbeiträge die Hauptfinanzierungsquelle. Mit einem Anteil von 28 Prozent am Gesamtfinanzierungsmix sind zudem selbsterwirtschaftete Mittel und mit 20 Prozent Spenden und Sponsorengelder wichtige Standbeine. Zwei Drittel der Organisationen nehmen selbsterwirtschaftete Mittel ein, für jede vierte sind sie die Haupteinnahmequelle. . . . Da Vereine mit nahezu 95 Prozent der Organisationen den Dritten Sektor dominieren, ist die skizzierte Einnahmestruktur vor allem für Vereine gültig.“

Hieraus folgt, dass für Vereine, die ihren Mitgliedern Sportanlagen und andere Ressourcen zur Nutzung zur Verfügung stellen, die Unterhaltung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben typusprägend ist.

Zu Recht wird auf nationaler wie auf europäischer Ebene der Eigenfinanzierung von Organisationen des Dritten Sektors speziell im Bereich des Sports zunehmend Beachtung geschenkt. Auf der Grundlage des Art. 165 AEUV nimmt sich die EU-Kommission eines neuen

Politikfelds an.⁸¹⁷ Es besteht ein Konsens mit den Mitgliedstaaten darüber, dass u.a. die nachhaltige Finanzierung des Breitensports „auf der EU-Sportagenda ganz oben stehen soll“.⁸¹⁸

In der Mitteilung der Kommission „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“ v. 18.01.2011⁸¹⁹ heißt es:

„Trotz der insgesamt großen wirtschaftlichen Bedeutung des Sports finden die allermeisten sportlichen Aktivitäten innerhalb gemeinnütziger Strukturen statt, die sich auf die Tätigkeit von Ehrenamtlichen stützen. Die Nachhaltigkeit der Finanzierung dieser Strukturen kann zu Besorgnis Anlass geben, weshalb die finanzielle Solidarität zwischen Profi- und Breitensport verstärkt werden sollte. . .“

Eine Arbeitsgruppe des Ministerrats veröffentlichte im Dezember 2012 eine „Studie zur Stärkung der finanziellen Umverteilung im Sport“. Sie hat auf Grundlage der EU-Studie über die Finanzierung des Breitensports in Europa⁸²⁰ die wichtigsten öffentlichen und privaten Finanzierungsquellen untersucht, die sich auf die Solidaritätsmechanismen im Sport auswirken. Sie hat ferner ermittelt, welche Möglichkeiten der Sportwelt zur Mittelbeschaffung und zur Nutzung öffentlicher und privater Investitionen zur Verfügung stehen und welche Hindernisse sie davon abhalten.

Der Rat der EU und die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten haben sich in der Entschließung v. 21.05.2014⁸²¹ zu dem Arbeitsplan der EU für den Sport (2014-2017) ebenfalls mit der nachhaltigen Finanzierung des Sports befasst (s. oben Abschn. II).

In den Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten zum Sport als Triebfeder für Innovation und Wirtschaftswachstum v. 05.12.2014⁸²² heißt es: Viele Sportarten ziehen durch Sponsoring und den Verkauf von Medienrechten beträchtliche finanzielle Mittel an und sind dadurch in der Lage, große Summen in die Entwicklung innovativer Ausrüstung und Materialien zu investieren, die den Sportlern oder den Sportlerteams einen Wettbewerbsvorteil verschaffen.

Der Deutsche Bundestag hat sich der Sicherung der Finanzierung von Sportvereinen gewidmet. Die Fraktionen der CDU/CSU und der SPD haben in ihrem Beschlussantrag v. 03.12.2008⁸²³ zur „Gesellschaftlichen

Bedeutung des Sports“ formuliert:

„Der Deutsche Bundestag unterstützt auch das von der EU-Kommission . . . verabschiedete Weißbuch Sport und weist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die große Bedeutung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips hin. Der im Weißbuch angesprochenen wirtschaftlichen Dimension des Sports wird in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung beigemessen. Dies gilt insbesondere für die Frage der Finanzierungssicherung des Spitzen- und Breitensports durch Einnahmen aus Lotterien und Glücksspielen, die Berücksichtigung der Besonderheit des Sports im Bereich der Anwendung des EU-Rechts bei der Vermarktung von Medienrechten . . .“

Der Antrag ist auf die Beschlussempfehlung des Sportausschusses v. 14.05.2009⁸²⁴ am 02.07.2009 vom Deutschen Bundestag angenommen worden.⁸²⁵ Dieser Beschluss des Bundestages umfasst auch die Aufforderung an die Bundesregierung,

„sich sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene für einen klaren Rechtsrahmen für die Teilnahme des Sports am Wirtschaftsleben einzusetzen, der der Besonderheit des Sports Rechnung trägt.“

Nachdrücklich hebt der Bundestag die Rolle der gemeinnützigen Vereine hervor:

„Das bürgerschaftliche Engagement ist eine unverzichtbare Stütze des Sportsystems in unserem Land. Die freiwillig Engagierten übernehmen in vielfältigen Funktionen Verantwortung für die Gemeinschaft und tragen in erheblichem Maße zu einer funktionierenden Vereins- und Sportkultur bei. Dafür gebührt ihnen Dank und Anerkennung. Für diese Arbeit benötigen sie gute Rahmenbedingungen und die Unterstützung des Staates.“

Hieraus ergibt sich das Fazit: Ohne eigene Finanzquellen ist die Autonomie des gemeinnützigen Vereinssports nicht denkbar. Dies schlägt sich auch in der statistischen Aufschlüsselung der Einnahmen nieder, wie sie vom ZiviZ-Survey 2012 – Zivilgesellschaft verstehen“ publiziert worden ist. Da die Finanzierung von Sportinfrastruktur nur durch Mitgliedsbeiträge und die – der Natur der Sache nach nur subsidiäre – staatliche Förderung nicht möglich ist, müssen die gemeinnützigen Träger eigene Mittel erwirtschaften. Dies führt notwendigerweise zur

Unterhaltung von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben. Die Überlassung von Sportinfrastruktur zur Nutzung von Sportvereinen an ihre Mitglieder gegen Mitgliedsbeiträge ist jedenfalls steuerrechtlich ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb, der freilich steuerbefreit ist. Ertragsteuerlich greift die Befreiung nach § 65 AO.

4. Zweck der §§ 21, 22 BGB – Schutz der Gläubiger und des Rechtsverkehrs

a. Die Prämissen der Rechtsprechung

Es läuft auf eine Fiktion von Bedürfnissen des Rechtsverkehrs hinaus, wenn die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf eine durch die Rechtsentwicklung überholte Rechtsprechung zum Gläubigerschutz Bezug nimmt.

Der BGH⁸²⁶ beschreibt in seinem Beschluss vom 29.09.1982 den auf den Schutz der Gläubigerinteressen gerichteten Zweck der §§ 21, 22 BGB – vorbehaltlich des Anwendungsbereichs des Nebenzweckprivilegs – wie folgt:

„. . . Den Vorschriften der §§ 21 und 22 BGB liegt der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern. . . Diese gesetzgeberischen Erwägungen tragen der Tatsache Rechnung, dass bei einer nach außen gerichteten wirtschaftlichen Betätigung Gläubigerinteressen in besonderem Maße berührt werden und dass diese Interessen in den für juristische Personen des Handelsrechts und andere Kaufleute geltenden Vorschriften eine weit stärkere Berücksichtigung gefunden haben als in den Bestimmungen des Vereinsrechts. Denn während sich bei einem Idealverein Gläubigerschutzbestimmungen auf die Vorschriften über die Konkursantragspflicht des Vorstands und die Liquidation des Vereins beschränken (vgl. § 42 Abs. 2, §§ 51 - 53 BGB), unterliegt eine juristische Person des Handelsrechts . . . in erster Linie im Interesse der Gläubiger zwingenden Vorschriften über eine Mindestkapitalausstattung, über

Bilanzierungs-, Publizitäts- und Prüfungspflichten sowie über die - unbeschränkbare - Vertretungsmacht ihrer organschaftlichen und bevollmächtigten Vertreter Darauf beruht es, dass nach den §§ 21 und 22 BGB ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (Idealverein), bereits durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangt und dass der Erwerb der Rechtsfähigkeit durch einen wirtschaftlichen Verein nur ausnahmsweise in Betracht kommt, wenn es für diesen wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls unzumutbar ist, sich in einer der für rechtsfähige wirtschaftliche Zusammenschlüsse bundesgesetzlich bereitstehenden Rechtsformen wie beispielsweise der AG oder GmbH zu organisieren und auf diese Weise Rechtsfähigkeit zu erlangen. . . .“⁸²⁷.

Bereits mit Urteil v. 14.07.1966 hatte der BGH⁸²⁸ ausgeführt:

„Der in den §§ 21, 22 BGB getroffenen Unterscheidung von eintragungsfähigen und nicht eintragungsfähigen Vereinen liegt der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, dass die Sicherheit des Rechtsverkehrs bei Vereinen mit nichtwirtschaftlicher Zielsetzung keines besonderen Schutzes bedarf; insofern lässt das Gesetz daher die allgemeinen vereinsrechtlichen Normativbestimmungen genügen, bei deren Erfüllung Anspruch auf Eintragung und damit auf Erwerb der Rechtsfähigkeit besteht. Bei Personenvereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung wird im Gegensatz dazu grundsätzlich ein besonderer Schutz des Rechtsverkehrs für erforderlich angesehen; diese Personenvereinigungen müssen sich deshalb, wenn sie vereinsrechtlich organisiert sein wollen, regelmäßig einer besonderen staatlichen Prüfung unterwerfen (§ 22 BGB) oder sich der Rechtsform der handelsrechtlichen Gesellschaften oder der Genossenschaft bedienen, für die entsprechende Schutzvorschriften – insbesondere für die Haftung – vorgesehen sind.“
„Das Interesse des Rechtsverkehrs verlangt . . . den Gläubigerschutz, der durch eine einfache Eintragung gemäß § 21 BGB nicht gesichert wäre.“

Die Mehrzahl der Oberlandesgerichte stützt sich auf die BGH-Entscheidungen aus den Jahren 1966 und 1982 und die dort formulierten Grundsätze betreffend den Schutz des Rechtsverkehrs. Indes hat sich das Handelsrecht einschließlich des Rechts der Handelsgesellschaften und der Rechnungslegung weiterentwickelt.

b. Zum Erfordernis eines Fest- und Mindestkapitals

In den letzten Jahrzehnten hat der nationale Gesetzgeber die dem Gläubigerschutz dienende Mindestkapitalausstattung auch bei Organisationsformaten, die für wirtschaftliche Geschäftsbetriebe vorgesehen sind, praktisch auf Null zurückgeführt. Auf der Grundlage der europäischen Grundfreiheiten hat der EuGH die Rechtsentwicklung dadurch befördert, dass der deutsche Kaufmann ohne reale Mobilität z.B. für die – „scheinausländische“ - englische 1-Pfundlimited (*private company limited by shares*) und die französische 1-Euro-sàrl (*société à responsabilité limitée*) „optieren“ kann. Der Gläubigerschutz bei der englischen limited mit seinen Mitteln wie der Publizität, dem Kapitalschutzrecht sowie der Gesellschafterhaftung und der Geschäftsführerhaftung bleibt weit hinter dem Niveau der deutschen GmbH zurück. Am 09.04.2014 hat die EU-Kommission⁸²⁹ den Vorschlag einer „Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“ (SUP = Societas Unius Personae) vorgelegt. Nach Art. 16 des Richtlinienvorschlags soll das Stammkapital der SUP mindestens 1 Euro betragen. Die Mitgliedstaaten sollen weder einen Höchstwert für den einzigen Anteil oder das eingezahlte Kapital festsetzen noch die SUP zur Bildung gesetzlicher Rücklagen verpflichten. Die Richtlinie erlaubt der SUP jedoch, freiwillige Rücklagen zu bilden.

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist die Unternehmergeellschaft in das GmbH Recht als Gesellschaftsform eingeführt worden (§ 5a GmbHG). Bei der „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ handelt es sich um eine Sonderform der GmbH, die auf ein nennenswertes Stammkapital verzichtet, um Unternehmensgründern entgegen zu kommen, und die gleichzeitig eine Alternative zu ausländischen Gesellschaftsformen, insbesondere der englischen Limited bietet. Zur Unternehmergeellschaft heißt es im Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG):⁸³⁰

„Der Druck auf Absenkung oder gänzlichen Verzicht auf ein Mindeststammkapital der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird zudem durch den neuen § 5a mit der dort vorgesehenen GmbH-Variante,

der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft aufgefangen. . . .

Von Seiten der Wirtschaft wurde teilweise befürchtet, dass mit einer vollständigen Aufgabe des Mindeststammkapitals dieses Prestige der GmbH gerade auch für den größeren Mittelstand beschädigt werden könnte. Deshalb erschien es als konsequenter Weg, nicht für die angestammte Gesellschaft mit beschränkter Haftung, aber für eine Rechtsformvariante „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ auf das Mindeststammkapital zu verzichten. . . .“

In der Beschlussempfehlung und im Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages heißt es:⁸³¹

„Kleinunternehmern und Existenzgründern, deren Unternehmen nur ein geringes Startkapital benötigen, wird damit bereits insofern eine äußerst flexible Variante der GmbH angeboten, die auch dem Wettbewerb mit entsprechenden ausländischen Rechtsformen standhalten kann. Vor diesem Hintergrund hat die Absenkung des Mindeststammkapitals bei der „klassischen“ GmbH ihre Bedeutung verloren.“

Angesichts der Relativierung des dem Gläubigerschutz dienenden Fest- und Mindestkapitalsystems werden heute im Gesellschaftsrecht ganz andere Probleme diskutiert: nämlich die Abschaffung des Mindestkapitals sowie der Einlageprüfung und andererseits eine Verstärkung der verhaltensbezogenen Haftungen zur Verhinderung von Vermögens- oder Liquiditätsabzügen.⁸³²

Reuter⁸³³ hat sich kritisch mit den gedanklichen Grundlagen der BGH-Rechtsprechung befasst. Er weist darauf hin, dass die Vorschriften über die Aufbringung und Erhaltung eines Grund—bzw. Stammkapitals nicht eine „Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsverbindlichkeiten“, sondern nicht mehr als eine Risikobeteiligung der Mitglieder gewährleisten.

c. Mitgliederschutz

Im Zusammenhang mit den Normativbedingungen wird auch der Schutz der Mitglieder diskutiert.⁸³⁴ Es geht vor allem um den Aspekt, dass das Recht der Idealvereine solche Vereine, die relevante Vermögensinteressen der Mitglieder verwalten, nicht verträgt. Dieses Argument kann bei

gemeinnützigen Vereinen keine Rolle spielen, weil deren Mitglieder im Regelfall keine rückzahlbaren Einlagen erbringen und darüber hinaus auch keine Ansprüche auf Auseinandersetzung an den Verein haben. Dies folgt aus dem gemeinnützigkeitsrechtlichen Grundsatz der Selbstlosigkeit (§ 55 Abs. 1 AO).

d. Publizität durch Bilanzierung

§ 241a HGB hat die Publizität von Unternehmen erheblich eingeschränkt: Einzelkaufleute, die an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren nicht mehr als 500 000 Euro Umsatzerlöse und 50 000 Euro Jahresüberschuss aufweisen, brauchen die §§ 238 bis 241 nicht anzuwenden. Dadurch wird Einzelkaufleuten ermöglicht, „ihre Buchführung und Bilanzierung im Verhältnis zum Umfang ihres Geschäftsbetriebes angemessen auszugestalten“.⁸³⁵ Mit § 241a HGB wird die bisher bestehende Verknüpfung zwischen der Kaufmannseigenschaft und der daran anknüpfenden Verpflichtung zur handelsrechtlichen Buchführungspflicht teilweise aufgegeben.⁸³⁶ Dies bringt auch eine Annäherung an die Schwellenwerte des § 141 AO. Dass die Schwellenwerte auch im Übrigen zur Disposition stehen, ergibt sich aus der Begründung zum Regierungsentwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes (BilMoG):⁸³⁷

„Die Befreiung gilt nur für die Einzelkaufleute. Von der ursprünglich vorgesehenen Erstreckung auf Personenhandelsgesellschaften und Genossenschaften wird vorerst abgesehen. Damit wird der Wissenschaft eine fundierte Auseinandersetzung mit den mit einer Befreiung der Personenhandelsgesellschaften und Genossenschaften einhergehenden gesellschaftsrechtlichen Folgefragen ermöglicht. Erst im Lichte der mit der Befreiung der Einzelkaufleute gewonnenen Erfahrungen und auf der Grundlage der dann vorhandenen wissenschaftlichen Erkenntnisse soll eine Entscheidung über die weitergehende Befreiung der Personenhandelsgesellschaften und Genossenschaften getroffen werden.“

Ergänzend ist zu vermerken, dass für die gemeinnützigen Körperschaften die handelsrechtlichen Vorschriften über die Rechnungslegung grundsätzlich nicht relevant sind. Die §§ 238 ff. HGB müssen angewendet werden, u.a.

- wenn sie Kaufleute kraft Gewerbebetriebs oder durch Eintragung sind,
- wenn sie mit ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit nach den Vorschriften des Publizitätsgesetzes zur Veröffentlichung verpflichtet sind,
- wenn sie wegen Überschreitens der Schwellenwerte des § 141 AO zur Bilanzierung verpflichtet sind. Letztere Vorschrift hat Bedeutung für wirtschaftliche Geschäftsbetriebe gemeinnütziger Organisationen.

Hieraus folgt: Rechnungslegung und Publizität gemeinnütziger Rechtsträger sind gesetzlich abschließend geregelt. Einen gesetzlichen Zwang, in eine Kapitalgesellschaft des Handelsrechts zu wechseln, um als „Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs zu gelten“ (vgl. § 13 Abs. 3 GmbHG), gibt es nicht.⁸³⁸

5. Gewohnheitsrechtliche Duldung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe

a. Der „satzungswidrige“ wirtschaftliche Geschäftsbetrieb

Eine jahrzehntelange Rechtspraxis hat die wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe eingetragener Vereine (e.V.) akzeptiert. Dieter Reuter⁸³⁹ schreibt: „Dass die Durchsetzung des Rechtsformzwanges nach § 22 zumindest im Fall der verdeckten (d.h. auf einem der Vereinssatzung widersprechenden Verhalten beruhenden) Rechtsformverfehlung notleidet, ist allgemeine Meinung in Theorie und Praxis.“ Dies hat verschiedene Ursachen.

Z.B. haben das BayObLG⁸⁴⁰, das KG Berlin⁸⁴¹, das Schleswig-Holsteinische OLG⁸⁴² und das OLG Hamm⁸⁴³ mit Billigung der Literatur judiziert, dass die Löschung eines eingetragenen Vereins von Amts wegen durch das Registergericht nach §§ 159, 142 FGG (= Vorläuferbestimmung zu § 395 FamFG) grundsätzlich nicht in Betracht kommt, wenn der Verein einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb satzungswidrig verfolgt. In diesen Fällen war nur das Verfahren nach § 43 Abs. 2 BGB a.F. mit dem Ziel der Entziehung der Rechtsfähigkeit gegeben. Eine Löschung von Amts wegen wurde nur dann als geboten angesehen, wenn ein Verein eingetragen war, aus dessen Satzung jedoch hervorging, dass sein Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. War hingegen ein eingetragener Verein durch seine Satzung als nichtwirtschaftlicher

(„idealer“) Verein gekennzeichnet, stellte sich aber nach der Eintragung heraus, dass er – satzungswidrig – in der Hauptsache einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verfolgt, oder nahm ein solcher Verein nach seiner Eintragung einen nicht von dem sogenannten Nebentätigkeitsprivileg gedeckten Geschäftsbetrieb auf, so konnte eine Amtslöschung nach §§ 159, 142 FGG a.F. nicht erfolgen. In solchen Fällen kam nur das Verwaltungsverfahren mit dem Ziel der Entziehung der Rechtsfähigkeit nach §§ 43 Abs. 2, 44 BGB a.F. in Betracht.⁸⁴⁴ Die Fälle der verdeckten Rechtsformverfehlung wurden als alleinige Angelegenheit der Verwaltungsbehörden betrachtet. Die Rechtsprechung ist der von Karsten Schmidt vertretenen gegenteiligen Ansicht, wonach jeder wirtschaftliche und damit zu Unrecht eingetragene Verein im registerlichen Verfahren gelöscht werden kann, gleichgültig ob der Eintragungsmangel aus der Satzung ersichtlich ist oder nicht, ausdrücklich nicht gefolgt. Die Anwendbarkeit der §§ 142, 159 FGG a.F. beschränkte sich danach auf offene Rechtsformverfehlungen, d.h. auf solche, die aus der Satzung erkennbar waren.⁸⁴⁵

Der Versuch einer Änderung der Rechtslage ist gescheitert: Der Entwurf der SPD eines „Gesetzes zur Verbesserung von Transparenz und Beschränkung von Machtkonzentration in der deutschen Wirtschaft“ (Transparenz- und Wettbewerbsgesetz) v. 30.01.1995⁸⁴⁶ hat der als „Dilemma“ erkannten Rechtslage durch folgende Fassung des § 43 Abs. 2 BGB abhelfen wollen:

„(2) Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, ist aus dem Vereinsregister zu löschen, wenn er einen solchen Zweck verfolgt. § 142 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit finden Anwendung.“

Der Gesetzentwurf hat die damalige Rechtspraxis klarsichtig analysiert.⁸⁴⁷

„In der gegenwärtigen Praxis werden die Vorschriften des § 21 BGB nicht umgesetzt, da die Registergerichte gegen Vereine mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb in der Rechtsform eines Idealvereins regelmäßig nicht eingreifen. § 43 Abs. 2 n. F. legt ihnen diese Verpflichtung auf.“

Im Entwurf ist als rechtspolitisches Ziel formuliert:

„Es besteht kein Bedürfnis nach einem vereinsrechtlich betriebenen Wirtschaftsunternehmen. Der wirtschaftliche Verein wird vielmehr genutzt, notwendigen Offenlegungs- und Rechnungslegungspflichten zu entgehen. Für verdeckt operierende Gesellschaften besteht keine Rechtfertigung. Wirtschaftliche Vereine haben sich nach dem allgemeinen Gesellschaftsrecht zu organisieren.“

Dieser Gesetzentwurf hat die parlamentarischen Hürden nicht nehmen können. Er wurde auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages⁸⁴⁸ mit den Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. gegen die Stimmen der Fraktion der SPD und der Gruppe der PDS bei Stimmenthaltung der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN abgelehnt.⁸⁴⁹

Im Jahre 2004 hat das Bundesministerium der Justiz den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vereinsrechts“ vorgelegt mit dem Vorschlag, die Zuständigkeit für beide Arten von Rechtsformverfehlung bei den Amtsgerichten zu konzentrieren und zugleich klarzustellen, dass die Eintragung eines Vereins, die nicht oder nicht mehr nach § 21 BGB zulässig ist, von Amts wegen zu löschen ist. Dieser Entwurf ist nach heftiger Kritik in der Literatur⁸⁵⁰ wieder zurückgezogen worden.

Hieraus ist nach den methodologischen Grundsätzen über die sog. historische Auslegung⁸⁵¹ zu folgern, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage nicht ändern wollte.

Durch Art. 1 Nr. 8 des „Gesetzes zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister“ v. 24.09.2009 (BGBl I 2009, 3145) wurde mit Wirkung v. 30.09.2009 die nach § 43 Abs. 2 BGB mögliche Entziehung der Rechtsfähigkeit von Idealvereinen wegen Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gestrichen. Gesetz wurde die aktuell geltende Fassung des § 43 BGB: „Einem Verein, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt.“ Das Problem wurde in prozeduraler Hinsicht durch § 395 FamFG in der Weise angesprochen, dass das Registergericht die Eintragung des e.V. im Vereinsregister – nach seinem Ermessen – löschen „kann“. Eine inhaltliche Regelung, unter welchen materiell-rechtlichen Voraussetzungen dies zu geschehen hat, insbesondere wann „eine

Eintragung im Register wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig“ ist, hat der Gesetzgeber nicht getroffen. Insbesondere hat er keine ermessensleitende Vorgabe dafür gemacht, dass die bis dato seit Jahrzehnten fortgeführte Rechtspraxis beendet werden sollte. Der Gesetzgeber hat sich damit um ein weiteres Mal einer Aussage darüber verweigert, unter welchen Voraussetzungen eine nicht nur aus der Satzung selbst ersichtliche Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs eintragungsschädlich ist.

Der Gesetzgeber hat das Problem damit letztlich den Registergerichten überlassen. Eine Lösung des sich aus der Diskrepanz zur Rechtspraxis ergebenden Problems hat er nicht einmal gesucht.

Zutreffend schreibt Birgit Weitemeyer⁸⁵²: Die gegenwärtige Rechtslage ist geprägt von fehlender Rechtssicherheit für die Einordnung als wirtschaftlicher Verein, während für historisch gewachsene Vereine ein Vollzugsdefizit herrscht, wenn diese sich im Laufe der Zeit zu wirtschaftlichen Vereinen entwickeln. In rechtspolitischer Hinsicht wird dies lediglich für die „großen Sportvereine“ als fragwürdig angesehen. Z.B. schreibt H.-P. Westermann:⁸⁵³

„Die großen Sportvereine, die im Zuge der Professionalisierung des Leistungssports oft Umsätze in beträchtlicher Höhe machen, werden bis heute als nichtwirtschaftliche Vereine geführt, was nach der im Schrifttum vordringenden Ansicht zumindest für die Vereine der ersten und zweiten Fußball-Bundesligen, möglicherweise auch für entsprechende Eishockey- und Handballvereine, nicht mehr zu halten ist. . . Das Nebenzweckprivileg müsste sehr weit verstanden werden, um auch Fälle zu erfassen, in denen die Profi-Abteilung das gesamte Finanzgebaren des Trägervereins bestimmt. . . . Bei Vereinen im Bereich des Amateursports sind . . . die Unterhaltung vom Verein bewirtschafteter Einrichtungen, die der Pflege des Sports oder auch nur der Geselligkeit dienen, für § 21 BGB unschädlich.“

b. Beispiel Bundesliga

Bis Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts hatten selbst die Vereine der Fußball-Bundesliga nicht die Möglichkeit, ihre Rechtsform zu

wählen: Der Deutsche Fußballbund erlaubte nur den gemeinnützigen eingetragenen Verein (§ 21 BGB) die Teilnahme am Ligasport.⁸⁵⁴ Im Jahre 2000 bemerkte Erning⁸⁵⁵, dass „die Behörden absichtlich nicht einschritten, um die Vereine nicht in Bedrängnis zu bringen“. Heckelmann⁸⁵⁶ sieht als Grund hierfür „sportpolitische Gründe“. Nach Einschätzung von Kebekus⁸⁵⁷ war ein Einschreiten der Registergerichte im Fall der Bundesligavereine unzulässig, weil sich deren Satzungen ausnahmslos zu ideellen Zwecken bekennen, also gerade kein Fall der offenen Rechtsformverfehlung vorlag. Diese Auffassung konnte sich auf die vorstehend referierte Rechtsprechung stützen. Karsten Schmidt⁸⁵⁸ berichtet von einem im Jahre 1981 schwebenden Verfahren gegen einen Bundesligaverein, dem allerdings im Ergebnis die Rechtsfähigkeit erhalten blieb. Bayer 04 Leverkusen war – im Jahre 1999 – der erste Fußballverein in Deutschland, der die Fußballprofis aus dem Gesamtverein ausgliederte und eine Fußball-GmbH gründete.⁸⁵⁹ Borussia Dortmund war der erste Verein, der sein Profigeschäft in eine AG ausgründete. Im Jahre 1998 gab sich der DFB ein Statut, das es Profivereinen ermöglichte, statt der Rechtsform des „eingetragenen gemeinnützigen Vereins“ auch die Kapitalgesellschaft zu wählen.⁸⁶⁰ Gerade im Berufsfußball hatte sich die Macht des Faktischen durchgesetzt. Karsten Schmidt⁸⁶¹ hatte im Jahre 1993 resümiert: „Die Vertreibung aus dem Paradies findet nicht statt“.

Als Fazit lässt sich der Schluss „a maiore ad minus“ ziehen: Wenn selbst die „Großen im Sport“ ihren vereinsrechtlichen Status bewahren konnten und selbst der Gesetzgeber diese unangefochtene Rechtspraxis gewähren lassen wollte, muss es „kleinen“ Sportvereinen gestattet sein, sich auf eine so gut wie nicht angezweifelte Rechtsanwendung verlassen zu können.

Die bisherige tatsächliche Übung ist jedenfalls für Sportvereine unterhalb der Kategorie des Profisports zum Gewohnheitsrecht erstarkt. Gewohnheitsrecht beruht nach ständiger Rechtsprechung⁸⁶²

„auf einer lang andauernden und ständigen, gleichmäßigen und allgemeinen tatsächlichen Übung, mit der ein bestimmter Lebenssachverhalt durch die beteiligten Verkehrskreise behandelt wird. Hinzutreten muss in subjektiver Hinsicht, dass diese Übung von der Überzeugung getragen wird, mit ihrer Anwendung geltendes Recht zu befolgen . . . , mithin die Zwangsläufigkeit der Anwendung der Übung im

Bewusstsein von Rechtsanwendern und Rechtsunterworfenen verankert ist. Bezugspunkt für die Geltung von Gewohnheitsrecht kann - wie hier im Hinblick auf die Beurkundungspraxis der Standesämter - grundsätzlich auch eine ständige Übung der Verwaltung sein

Bezogen auf die hier erörterten gemeinnützigen Sportvereine ist das Gewohnheitsrecht durch die Praxis der Registergerichte begründet worden.

6. Zur Frage der Folgenabschätzung

Die Änderung einer jahrzehntelangen Praxis, die auch der Gesetzgeber trotz eines diesbezüglichen Versuchs nicht hatte klären können oder wollen, kann nicht ohne Abschätzung der hierdurch eintretenden Rechtsfolgen vollzogen werden. Die Kontrolle der Wirkungen von Gesetzen steht seit längerem im Mittelpunkt der Gesetzgebungslehre.⁸⁶³ Auch der Richter muss in seine Überlegungen einbeziehen, ob nicht eine beabsichtigte Entscheidung, die den Charakter einer Rechtsfortbildung hat, daraufhin überprüft werden muss, ob sie „verantwortet“ werden kann.

Vorab ist festzustellen, dass die Löschung des e.V. zur Folge hat, dass sämtliche Mitglieder einer uneingeschränkten persönlichen Haftung ausgesetzt werden.⁸⁶⁴ Hiervon ist auch der Bundesrat⁸⁶⁵ im Gesetzgebungsverfahren betreffend den Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung elektronischer Anmeldungen zum Vereinsregister und anderer vereinsrechtlicher Änderungen ausgegangen.

Dem könnte durch einen Umwandlungsvorgang ausgewichen werden. Dies wirft die Frage auf, in welche Rechtsform sich ein e.V. „umgründen“ kann und ob dies nicht nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich wäre.

Ein eingetragener Verein kann gem. § 191 Abs. 1 Nr. 4 UmwG formwechselnder Rechtsträger sein. Eine Kapitalgesellschaft – somit auch eine GmbH – kann gem. § 191 Abs. 2 Nr. 3 UmwG neuer Rechtsträger sein. Die Mitgliederversammlung müsste einem Umwandlungsbeschluss zustimmen. Allerdings stellen sich bei der Umwandlung eines gemeinnützigen Vereins wegen des Grundsatzes der Vermögensbindung (§§ 55 ff., 61 Abs. 3, 55 Abs. 1 Nr. 4 AO) und in Anbetracht der Modalitäten des Formwechsels nach §§ 273 ff. UmwG praktisch unlösbare

Fragen einer fortzuführenden Zurechnung des Vereinsvermögens.⁸⁶⁶ Die Umwandlung des e.V. in eine GmbH ist diesem im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 9 GG „nicht zumutbar“ (unten G. III.). In Betracht käme hier eine Spaltung durch Ausgliederung (§§ 123 ff. UmwG). Auch hier ist nicht ersichtlich, welches rechtliche Format für eine Fortführung des Zweckbetriebs zumutbar wäre.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Ausgliederung als Akt der partiellen Gesamtrechtsnachfolge zu einem grunderwerbsteuerbaren Vorgang mit erheblichen steuerlichen Folgen führt.

7. Zur Ermessensentscheidung des Registergerichts

Die Registergerichte entscheiden nach rechtlich gebundenem Ermessen.⁸⁶⁷ Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg,⁸⁶⁸ das BayObLG⁸⁶⁹, das OLG Hamm⁸⁷⁰, das OLG Celle⁸⁷¹ sowie – zur Entziehung der Rechtsfähigkeit gemäß § 43 Abs. 2 BGB – das BVerwG⁸⁷², der Bayerische VGH⁸⁷³ und ferner das OLG Düsseldorf⁸⁷⁴ haben entschieden, dass das Registergericht zur Vornahme einer Löschung nur berechtigt, aber nicht ohne weiteres verpflichtet ist. Die Löschung ist, so das BayObLG in seinem Beschluss v. 17.04.1978,⁸⁷⁵ regelmäßig nur geboten, *„wenn das Fortbestehen der Eintragung Schädigungen Berechtigter zur Folge hätte oder dem öffentlichen Interesse widerspräche. Sie kann unterbleiben, wenn sie niemandem nützt, aber schwere wirtschaftliche Nachteile für den Betroffenen mit sich bringt. . . .“*

Bei der zu treffenden Entscheidung sei zu berücksichtigen,

„dass der Verein nahezu 38 Jahre im Vereinsregister eingetragen ist und keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die Rechtsformverfehlung schutzwürdige Interessen der Vereinsmitglieder oder Dritter beeinträchtigt hat.“

Das OLG Frankfurt⁸⁷⁶ hat mit Beschluss v. 28.10.2010 die Entscheidung eines Amtsgerichts bestätigt, das von der Löschung eines e.V. nach § 395 FamFG abgesehen hat.

Das Bezirksgericht Chemnitz hat mit Beschluss v. 05.11.1992⁸⁷⁷ das

Ermessen m.E. in vorbildlicher Weise ausgeübt:

„Es war danach eine Ermessensentscheidung zu treffen, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Verein seit November 1991 eingetragen ist und keine Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die Rechtsformverfehlung schutzwürdige Interessen der Vereinsmitglieder oder Dritter beeinträchtigt hat. Es kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der Verein wegen seiner Organisation und seines Umfanges seinen Vereinsmitgliedern als Unternehmer dergestalt gegenübersteht, dass sich diese wie beliebige anonyme Marktteilnehmer fühlen müssen und in Anbetracht dessen eines stärkeren Schutzes bedürften. Schließlich konnte auch nicht außer Betracht bleiben, dass die Löschung des Vereins zum Verlust seiner Rechtsfähigkeit, damit auch der Grundbuchfähigkeit und regelmäßig zur Liquidation des Vereinsvermögens führen würde. Da auch ein besonderes öffentliches Interesse an der Löschung des Vereins im Vereinsregister nicht erkennbar ist, – allein steuerliche oder abgaberechtliche Vorteile haben dabei kein ausreichendes Gewicht – ist der Senat nach einer Abwägung der berührten Interessen der Ansicht, dass von der schwerwiegenden Maßnahme der Löschung abzusehen ist.“

Im Rahmen der gebotenen Ermessensentscheidung sind vor allem die hier vorgetragenen Gründe der Zweckverfehlung einer Löschung von Amts wegen zu berücksichtigen. Auch die Erwägungen zum höherrangigen Recht determinieren die Ermessenabwägung.

Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass etwaige Erwägungen des Registergerichts zum Wettbewerbsschutz durch die Ermächtigungsgrundlage des § 395 FamFG nicht gedeckt sind.

VII. Verstoß gegen höherrangiges Recht

1. Grundrechtsschutz nach Art. 9 GG (Vereinigungsfreiheit)

Die Gewährleistung der Rechtsform des e.V. ergibt sich aus Art. 9 Abs. 1 GG. In seiner Grundsatzentscheidung v. 01.03.1979 hat das BVerfG⁸⁷⁸ erkannt:

„Vereinigungsfreiheit ist in mehr oder minder großem Umfang auf

Regelungen angewiesen, welche die freien Zusammenschlüsse und ihr Leben in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen. Demgemäß ist mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Vereinigungsfreiheit seit jeher die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung dieser Freiheit verbunden, ohne die sie praktische Wirksamkeit nicht gewinnen könnte. Diese Notwendigkeit gehört von vornherein zum Inhalt des Art. 9 Abs. 1 GG, der sich unter dem hier wesentlichen Aspekt nur bestimmen lässt, indem die Bindungen geklärt werden, denen der ausgestaltende Gesetzgeber unterliegt.

Dieser ist durch Art. 9 Abs. 1 GG nicht an die überkommenen Rechtsformen und Normenkomplexe des Vereins- und Gesellschaftsrechts gebunden. Aus der Notwendigkeit einer Ausgestaltung kann nicht folgen, dass eine bestimmte bestehende Ausgestaltung Verfassungsrang erhalte. Auf der anderen Seite darf der Gesetzgeber die Ausgestaltung nicht nach seinem Belieben vornehmen. Diese hat sich vielmehr an dem Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG zu orientieren; sie muss auf einen Ausgleich gerichtet sein, der geeignet ist, freie Assoziation und Selbstbestimmung der Vereinigungen unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines geordneten Vereinslebens (!) und der schutzbedürftigen sonstigen Belange zu ermöglichen und zu erhalten. Der Gesetzgeber hat daher eine hinreichende Vielfalt von Rechtsformen zur Verfügung zu stellen, die den verschiedenen Typen von Vereinigungen angemessen und deren Wahl deshalb zumutbar ist. Er hat die Grundlagen für das Leben in diesen Rechtsformen so zu gestalten, dass seine Regelung die Funktionsfähigkeit der Vereinigungen, im Besonderen ihrer Organe gewährleistet. Was darüber hinaus ausgestaltungsgesetzlicher Regelung zugänglich und bedürftig ist, lässt sich nicht abschließend und generell festlegen. Insofern sind für den Umfang und die Dichte einer erforderlichen Regelung maßgebend der jeweilige Sachbereich sowie die Ordnungs- und Schutznotwendigkeiten, die sich aus ihm ergeben; in jedem Fall muss jedoch das Prinzip freier Assoziation und Selbstbestimmung grundsätzlich gewahrt bleiben.“

Noch deutlicher führt der Beschluss des BVerfG⁸⁷⁹ v. 09.01.1999 unter Bezugnahme auf die vorstehend zitierte Entscheidung v. 01.03.1979 aus:

„Die Vereinigungsfreiheit bedarf allerdings der gesetzlichen Ausgestaltung. Sie ist auf Regelungen angewiesen, die die freien Zusammenschlüsse und deren Wirken in die allgemeine Rechtsordnung einfügen, die Sicherheit des Rechtsverkehrs gewährleisten, Rechte der Mitglieder sichern und den schutzbedürftigen Belangen Dritter oder auch öffentlichen Interessen Rechnung tragen. Bei der Ausgestaltung ist der Gesetzgeber jedoch nicht völlig frei; er hat sich vielmehr an dem Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG zu orientieren und muss bei dem erforderlichen Interessenausgleich die Voraussetzungen und zwingenden Bedürfnisse freier Assoziationen grundsätzlich wahren (vgl. BVerfGE 50, 290 <354 f.>). Im Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG ist eine Vorschrift nur dann verfassungsmäßig, wenn die Interessen des Gemeinwohls, die der Staat zum Schutz anderer Rechtsgüter wahrnimmt, der Intensität des Eingriffs in die Vereinsfreiheit an Gewicht entsprechen (BVerfGE 30, 227 <243>). Für Eingriffe in die Freiheit der Selbstdarstellung und Mitgliederwerbung von Vereinigungen gilt nichts anderes.“

Art. 9 Abs. 1 enthält keine Institutsgarantie für das bestehende Vereins- und Gesellschaftsrecht, wohl aber einen Auftrag zur Schaffung geeigneter Organisationsformate, welche die Funktionalität des Vereinslebens abbilden und deren Wahl vor allen den Akteuren des Dritten Sektors zumutbar ist. In der Kommentarliteratur zu Art. 9 Abs. 1 GG ist umstritten, ob es eine Institutsgarantie für bestimmte Rechtsformen gibt. Jarras⁸⁸⁰ folgert aus der Rechtsprechung des BVerfG, dass der Gesetzgeber „geeignete Organisationsformen“ insbes. des Gesellschaftsrechts zur Verfügung stellen muss. Höfling⁸⁸¹ schreibt:

„Als kompetentielle Freiheit umfasst die Vereinigungsfreiheit darüber hinaus eine weitere, auxiliäre leistungsrechtliche Dimension: Danach haben die Grundrechtsberechtigten einen Anspruch auf Schaffung eines Rechtsregimes in dem Umfang, der für die grundrechtlich gewährleistete Bildungs- und Betätigungsfreiheit unerlässlich ist. Die Vereinigungsfreiheit ist jedenfalls auf solche Regelungen angewiesen, die die freien Zusammenschlüsse handlungsermöglichend in die allgemeine Rechtsordnung einfügen.“

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Aus dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 des Grundgesetzes wie auch aus Art. 12 der Grundrechte-Charta

der EU folgt, dass ungeachtet der Freiheit des Gesetzgebers, Lebenssachverhalte zu gestalten, die Grundsätze der freien Assoziation und der Selbstbestimmung von Zusammenschlüssen gewahrt bleiben müssen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG⁸⁸² ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Organisationsformate nicht völlig frei; er hat sich an dem Schutzgut des Art. 9 Abs. 1 GG zu orientieren und muss bei dem erforderlichen Interessenausgleich die Existenzvoraussetzungen und zwingenden Bedürfnisse freier Assoziationen grundsätzlich wahren. Dies vorausgesetzt ist eine Vorschrift nur dann verfassungsmäßig, wenn die Interessen des Gemeinwohls, die der Staat zum Schutz anderer Rechtsgüter wahrnimmt, der Intensität des Eingriffs in die Vereinsfreiheit an Gewicht entsprechen. Daher ist das Ansinnen einiger Oberlandesgerichte, die Zweckbetriebe in die „Rechtskleider“ vor allem der GmbH und der Genossenschaft zu zwingen, für diese unzumutbar und unangemessen.

Mit Bezug auf Sportvereine wird der Gewährleistungswirkung der Vereinigungsfreiheit nur das rechtliche Format des „e.V.“ gerecht.

2. Art. 12 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechte-Charta)

Die Vereinigungsfreiheit ist geschützt in Art. 12 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechte-Charta):

„Jede Person hat das Recht, sich insbesondere im politischen, gewerkschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit anderen zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen, was das Recht jeder Person umfasst, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.“

In dieses Grundrecht wird eingegriffen, wenn ein Grundrechtsverpflichteter das geschützte Verhalten in belastender Weise regelt oder mittelbar bzw. faktisch das geschützte Verhalten erheblich behindert. Ein Grundrechtseingriff kann auch vorliegen, wenn ein Grundrechtsverpflichteter – hier: die Bundesrepublik Deutschland – der Verpflichtung nicht nachkommt, geeignete Rechtsformen für die

Ausübung der Vereinigungsfreiheit bereitzustellen.

Im Kommentar zur Grundrechte-Charta schreibt Hans D. Jarra⁸⁸³:

„Für die Grundrechtsverpflichteten . . . ergeben sich aus der Vereinigungsfreiheit des Art. 12 auch positive Verpflichtungen: Sie müssen - im Rahmen ihrer Zuständigkeiten – geeignete rechtliche Organisationsformen zur Verfügung stellen, ohne dass ein Anspruch auf eine bestimmte Organisationsform oder auf eine Anerkennung als juristische Person besteht.“

Dieselbe Auffassung vertritt Bernsdorff⁸⁸⁴ in seiner Kommentierung zu Art. 12 der Grundrechte-Charta:

„Für die Adressaten (Art. 51) bestehen Respektierungs- und Schutzpflichten, etwa die Pflicht der Mitgliedstaaten, in ihren Rechtsordnungen die Möglichkeit zum Zusammenschluss vorzusehen. . .“

3. Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

Art. 11 EMRK („Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit“) enthält die folgende Gewährleistung:

„1. Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

2. Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. . . .“

Aus dieser Gewährleistung hat der EGMR⁸⁸⁵ mit Urt. v. 10.07.1998 – 26695/95 das Recht hergeleitet, die Versammlungsfreiheit im Rechtskleid einer juristischen Person ausüben zu dürfen. Diese Möglichkeit ist einer der wichtigsten Aspekte der Vereinigungsfreiheit „ohne den dieses Recht jeglichen Sinns entleert wäre“. Dieses Recht ist „aufschlussreich für den Zustand einer Demokratie“. Nur überzeugende und zwingende Gründe

können eine Einschränkung der Vereinigungsfreiheit rechtfertigen. Der EGMR führt aus (Unterstreichung vom Verf.):

(40) La Cour souligne que le droit d'établir une association constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 11, même si ce dernier ne proclame en termes exprès que le droit de fonder des syndicats. La possibilité pour les citoyens de former une personne morale afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de tout sens. La manière dont la législation nationale consacre cette liberté et l'application de celle-ci par les autorités dans la pratique sont révélatrices de l'état de la démocratie dans le pays dont il s'agit. Assurément les Etats disposent d'un droit de regard sur la conformité du but et des activités d'une association avec les règles fixées par la législation, mais ils doivent en user d'une manière conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci.

En conséquence, les exceptions visées à l'article 11 appellent une interprétation stricte, seules des raisons convaincantes et impératives pouvant justifier des restrictions à la liberté d'association. Pour juger en pareil cas de l'existence d'une nécessité au sens de l'article 11, les Etats ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite, laquelle se double d'un contrôle européen rigoureux portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, y compris celles d'une juridiction indépendante.

Hiervon geht auch das Urt. des. EGMR⁸⁸⁶ v. 17.02.2004 aus.

Der EGMR⁸⁸⁷ hat mit Urt. v. 05.10.2006 im Fall „Affaire Branche de Moscou de L'armée du Salut c. Russie“ das Recht auf Bildung einer juristischen Person (*personne morale*) anerkannt:

„71. Eu égard aux principes généraux exposés plus haut, la possibilité de constituer une personne morale pour agir collectivement dans un domaine d'intérêt mutuel est l'un des aspects les plus importants de la liberté d'association, sans lequel ce droit serait vide de tout sens. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le refus des autorités internes d'accorder le statut de personne morale à une association d'individus constitue une ingérence dans l'exercice par les intéressés de leur droit à la

liberté d'association . . . Lorsque l'organisation de la communauté religieuse est en jeu, le refus de la reconnaître constitue également une ingérence dans le droit des requérants à la liberté de religion garanti par l'article 9 de la Convention (Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres, précité, § 105). Le droit des fidèles à la liberté de religion suppose que la communauté puisse fonctionner paisiblement, sans ingérence arbitraire de l'Etat . . .“

Der EGMR⁸⁸⁸ hat seine Rechtsprechung bekräftigt im Ur. v. 31.07.2008, in welchem er zugunsten der Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas entschieden hat, dass die Möglichkeit, eine juristische Person zu gründen, um gemeinsam in einem Bereich übereinstimmender Interessen tätig zu werden, eines der wichtigsten Elemente der Vereinigungsfreiheit ist, ohne die das Recht bedeutungslos würde.

4. Empfehlung CM/Rec(2007)14 des Ministerkomitees des Europarats v. 10.10.2007

Das Ministerkomitee des Europarats⁸⁸⁹ hat am 10.10.2007 unter Hinweis auf Art. 5 der Europäischen Sozialcharta eine Empfehlung „an die Mitgliedstaaten über den rechtlichen Status von Nichtregierungsorganisationen in Europa“ beschlossen. „Gedenk der Tatsache, dass es das Ziel des Europarats ist, durch Verabschiedung gemeinsamer Regelungen eine größere Einheit unter seinen Mitgliedstaaten zu schaffen“, sowie „angesichts der Europäischen Konvention zur Anerkennung der Rechtspersönlichkeit internationaler Nichtregierungsorganisationen (ETS Nr. 124)“⁸⁹⁰ sowie „unter Berücksichtigung, dass die Existenz vieler NRO eine Manifestation des Rechts ihrer jeweiligen Mitglieder auf Vereinigungsfreiheit gemäß Artikel 11 EMRK und Grundfreiheiten und der Einhaltung der Grundsätze der pluralistischen Demokratie durch ihre Heimatländer ist“, hat das Komitee den Regierungen der Mitgliedstaaten empfohlen, sich in ihrer Gesetzgebung, ihrer Politik und Praxis von bestimmten Minimalstandards leiten zu lassen. Im „Erläuternden Memorandum“ verweist das Komitee auf die Urteile des EGMR in den Rechtssachen Sidiropoulos und Gorzelek (vorstehend unter 3.) und bekräftigt, dass das Recht auf gemeinsames Handeln ohne die Möglichkeit, eine rechtliche Einheit zu bilden, um die

Ziele der Organisation zu verfolgen, keine praktische Bedeutung habe.⁸⁹¹ Es gibt die Empfehlung, es solle „jenen, die eine NRO gründen (oder deren Mitgliedern, wenn die Entscheidung nach der Gründung getroffen wird), generell frei stehen zu entscheiden, ob sie eine Einheit mit Rechtspersönlichkeit sein wollen oder ob sie einen weniger formellen rechtlichen Status bevorzugen“.

VIII. Der „e. V.“ als die im Rechtssinne alternativlose Rechtsform

1. Grundannahmen für eine verfassungskonforme Bewertung

Angesichts der sozialen Relevanz des e.V. und seiner Bedeutung für die Zivilgesellschaft und mangels in Betracht kommender Alternativen wäre es mit Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 12 der Grundrechte-Charta der EU nicht vereinbar, wenn die Zivilgerichte durch einen Federstrich dem gemeinnützigkeitsrechtlichen Zweckbetrieb und anderen für die Eigenfinanzierung existenznotwendigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben die einzig in Betracht kommende Rechtsform entziehen und damit dieses Rechtsinstitut entgegen dem erkennbaren Willen des Steuergesetzgebers entwerten würden. Zwar gibt es auch gemeinnützige Genossenschaften, GmbHs und Stiftungen. Auch der nichtrechtsfähige Verein ist eine Körperschaft i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG; es handelt sich um eine Vereinigung ohne Rechtspersönlichkeit, zu der sich Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammenschließen und einer organisierten Willensbildung unterwerfen (vgl. § 2 Abs. 1 VereinsG).⁸⁹² In steuerlicher Hinsicht werden rechtsfähige und nichtrechtsfähige Vereine praktisch gleich behandelt. Gleichwohl ist das rechtliche Format des eingetragenen Vereins (e.V.) für die Organisationen des Dritten Sektors „alternativlos“. Von besonderer Bedeutung hierbei sind die folgenden Aspekte:

- Der zivilgesellschaftliche Zusammenschluss bedarf eines freien, jederzeit möglichen Beitritts von Mitgliedern und des korrespondierenden jederzeitigen Austritts.
- Benötigt wird eine offene Struktur auch für eine Vielzahl von Mitgliedern.
- Es müssen die Haftungskonsequenzen für die Organe und die

Mitglieder bedacht werden, auch für den Fall des Austritts.

Man mag noch ein gewisses Verständnis dafür haben, dass für die Eintragung eines – ohnehin nicht gemeinnützigen – Vereins zum Betrieb einer Sauna für seine Mitglieder⁸⁹³ nicht die Rechtsordnung aus den Angeln gehoben werden muss. Ein gravierendes Problem stellt sich aber, wenn das „klassische“ Organisationsformat der Zivilgesellschaft in Frage gestellt wird und deswegen den per definitionem gemeinnützigen Zweckbetrieben hunderttausendfach die rechtstraditionell – und wohl auch gewohnheitsrechtlich – angestammte Rechtsform entzogen werden soll.

Es gibt innerhalb eines Numerus clausus der Vereinigungsformen des Handels- und Gesellschaftsrechts keine geeigneten Ausweichmöglichkeiten. Die Frage, ob neue Rechtsformen für NPOs benötigt werden, wird in der Literatur unter rechtspolitischen Aspekten kontrovers diskutiert.⁸⁹⁴

Die Frage der geeigneten Rechtsform für die Zivilgesellschaft wird im „ZiviZ-Survey 2012 – Zivilgesellschaft verstehen“ angesprochen.⁸⁹⁵

„Mit den Rechtsformen des eingetragenen Vereins, der gemeinnützigen GmbH, der Genossenschaft und der Stiftung bürgerlichen Rechts sind unterschiedliche operative Zielsetzungen verbunden, die in der Regel andere Personalressourcen erfordern.

Vereine sind aufgrund ihrer Mitgliedschaftsstrukturen, die demokratischen Entscheidungsfindungsprinzipien verpflichtet sind, die typische Rechtsform engagementintensiver Bereiche. Genossenschaften und gemeinnützige GmbHs sind Rechtsformen, die üblicherweise für Organisationen mit einer stärker wirtschaftlichen Ausrichtung gewählt werden. Während Genossenschaften zumindest der Idee nach dem Prinzip der Selbstorganisation folgen und Leistungen für ihre Mitglieder, die Genossen, zur Verfügung stellen, zielen gemeinnützige GmbHs mit ihren Dienstleistungen auf organisationsunabhängige Zielgruppen ab. Gemeinnützige GmbHs sind zu großen Teilen (43 Prozent) selbst Tochtergesellschaften von Vereinen und Organisationen anderer Rechtsformen und erbringen Leistungen, deren Erstellung als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ausgegliedert ist. Diese wirtschaftliche Grundorientierung spiegelt sich in Organisationen beider Rechtsformen in einem deutlich höheren Anteil hauptamtlich Beschäftigter wider. . .“

2. Die Rechtsform des nichtrechtsfähigen Vereins (§ 54 BGB) als Alternative?

In Deutschland werden wirtschaftliche Vereine i.S. des § 22 BGB von den zuständigen Behörden nicht genehmigt.⁸⁹⁶ Es wäre daher praxisfern, wollte man dieses Format als in Betracht kommende Alternative erörtern. Der wirtschaftliche Verein i.S. des § 22 BGB ist rechtstatsächlich bedeutungslos.

Für den nichtrechtsfähigen Verein finden nach § 54 Satz 1 BGB die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Es gilt indes der Grundsatz, dass Vereinsrecht anzuwenden ist mit Ausnahme der Vorschriften, die die Rechtsfähigkeit voraussetzen. Soweit der Verein im Rechtsverkehr Rechte und Pflichten erwirbt, ist er ebenso wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) beschränkt rechtsfähig sowie in diesem Rahmen zugleich aktiv und passiv parteifähig. Von der Gesellschaft unterscheidet sich der nichtrechtsfähige Verein durch seine körperschaftliche Organisation und seine grundsätzliche Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel.⁸⁹⁷ Probleme gibt es bei der Behandlung des Grundvermögens: Nach § 47 Abs. 2 GBO gilt: Soll ein Recht für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen werden, so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen.⁸⁹⁸ Das KG Berlin⁸⁹⁹ hat mit Beschl. v. 06.01.2015 entschieden, dass ein nicht eingetragener und nicht staatlich konzessionierter Verein jedenfalls nicht unter seinem Namen ohne Nennung sämtlicher Mitglieder im Grundbuch als Eigentümer eingetragen werden kann.

Hiernach ist bei jedem Gesellschafterwechsel / Mitgliederwechsel eine Grundbuchberichtigung erforderlich. Für Grundbuchberichtigungen ist eine öffentlich beglaubigte Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) durch die Gesellschafter / Vereinsmitglieder notwendig. Dies steht dem Erfordernis, dass eine Mitgliederfluktuation einfach handhabbar sein muss, diametral entgegen.⁹⁰⁰

Bei einem nichtrechtsfähigen Verein droht den Vorstandsmitgliedern beim Abschluss von Rechtsgeschäften die persönliche Handelndenhaftung für die Vereinsschulden (§ 54 Satz 2 BGB). § 54 BGB („Nicht rechtsfähige

Vereine“) bestimmt:

¹Auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. ²Aus einem Rechtsgeschäft, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.

Ob bei Schadensersatzansprüchen gegen die Mitglieder des Vorstandes ein Anspruch auf Freistellung in entsprechender Anwendung des § 31a BGB in Betracht kommt und ob § 31b analog angewendet werden kann, ist zweifelhaft.

Mit einem Abdrängen des eingetragenen Vereins in den Status der Nichteintragung wird für den von den Zivilgerichten intendierten Schutz des Rechtsverkehrs, für die Haftung, den Gläubiger- und Mitgliederschutz sowie die Publizität und Rechnungslegung nichts gewonnen. Der nichtrechtsfähige Verein wird als OHG behandelt, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt; er hat dann die entsprechenden Aufzeichnungs- und Bilanzierungspflichten. Bleibt er unter den gesetzlichen Schwellenwerten, ergeben sich gegenüber der Rechtslage beim e.V. keine Änderungen.

Vor allem kann eine Personengesellschaft nicht gemeinnützig sein. Das Gemeinnützigkeitsrecht setzt den Status eines körperschaftsteuerpflichtigen Rechtssubjekts voraus.

3. Die Rechtsform der GmbH als Alternative?

Die Übertragung von GmbH-Anteilen bedarf der notariellen Beurkundung. Die GmbH ist nicht auf eine Fluktuation von Mitgliedern angelegt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das BGB den Verein ohnehin als organisierten Zusammenschluss einer größeren Anzahl von Personen konzipiert hat.⁹⁰¹ Generell sind Kapitalgesellschaften, weil dort die feste Anzahl der Gesellschaftsanteile die Höchstzahl der Mitglieder begrenzt, numerisch geschlossene Gesellschaften, vorbehaltlich einer verfahrensmäßig aufwendigen Kapitalherauf- bzw. -herabsetzung. Für die Organe der GmbH gibt es – anders als beim e.V. – keine Haftungsbegrenzung (hierzu unten 5.).⁹⁰²

Bisweilen wird auch eine Holdingstruktur bestehend aus einer For-profit-GmbH und einem gemeinnützigen Trägerverein gewählt.⁹⁰³ Das Halten der Beteiligung begründet keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, wenn sich das Halten der Beteiligung auf die übliche Ausübung der Gesellschaftsrechte beschränkt.⁹⁰⁴ Diese Konstruktion erfordert eine notarielle Beurkundung der GmbH und die Eintragung in das Handelsregister und löst die Bilanzierungspflicht aus.

4. Die Rechtsform der Genossenschaft als Alternative?

Die genossenschaftliche Idee⁹⁰⁵ besteht darin, dass sich die Mitglieder mittels eines von ihnen gemeinschaftlich getragenen und selbstverantwortlich verwalteten Unternehmens (!) kollektiv selbst fördern. Hauptzweck der Genossenschaft ist die Mitgliederförderung.⁹⁰⁶ Das Nichtmitgliedergeschäft darf daher nur Nebenzweck sein, und auch dies nur als Mittel zum Zweck der sonst nicht möglichen Mitgliederförderung. Fördergeschäftsgleiche Abschlüsse mit Dritten sind daher nur zulässig, soweit sie die Anwerbung neuer Mitglieder bezwecken oder erforderlich sind, um die Förderfähigkeit des genossenschaftlichen Unternehmens zu erhalten oder zu steigern⁹⁰⁷. Volker Beuthin⁹⁰⁸ schreibt: „Einzigartig und unverzichtbar ist . . ., dass eine Genossenschaft ihre Mitglieder in ganz besonderer Weise, nämlich nicht nur als gesellschaftsrechtlich Beteiligte, sondern zugleich und vornehmlich als Kunden des genossenschaftlichen Unternehmens zu fördern hat.“ Im Zentrum steht also die Fördergeschäftsbeziehung. Das von der Genossenschaft betriebene Unternehmen ist „auf die genossenschaftliche Grundmaxime der höchstmöglichen Mitgliederwohlfahrt auszurichten“.

Dies widerspricht prinzipiell dem Grundsatz der Selbstlosigkeit (§ 55 AO) des gemeinnützigen Rechtsträgers. Der Einleitungssatz dieser Bestimmung lautet:

„(1) Eine Förderung oder Unterstützung geschieht selbstlos, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke - zum Beispiel gewerbliche Zwecke oder sonstige Erwerbszwecke - verfolgt werden . . .“

Darüber hinaus haben gerade kleine Genossenschaften ein Problem mit dem unangemessen hohen Prüfungsaufwand und teuren

Pflichtmitgliedschaften in Prüfverband und Kammern. Die Rechtsform der Genossenschaft wird von kleineren Unternehmen allgemein für zu teuer und zu aufwändig gehalten.⁹⁰⁹ Die Bundesregierung sieht – eingeschränkten – Reformbedarf.⁹¹⁰ In einem Bericht des Bundesministers der Justiz (BMJ) wird empfohlen zu erwägen, durch Änderung des Genossenschaftsgesetzes eine „Kleine Genossenschaft“ oder „Kooperativgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ einzuführen, die von der Pflichtmitgliedschaft und Pflichtprüfung befreit ist, um nach dem Vorbild der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ Existenzgründungen im Genossenschaftsbereich zu erleichtern.⁹¹¹ Die Bundesregierung hält es immerhin für möglich, dass für kleine Genossenschaften die hohen Rechtsformkosten⁹¹² durch Pflichtmitgliedschaften in Prüfverbänden und Kammern sowie durch die Pflichtprüfungen nach wie vor ein großes Problem darstellen.⁹¹³ Der Petitionsausschuss des Bundestages unterstützt die Überlegungen des BMJ.

Die Frage, ob wirtschaftliche Vereine auch als – „kleine“ – Genossenschaften organisiert werden können, wird wohl eher am Beispiel von Gemeinschaftunternehmen wie Dorfläden⁹¹⁴ und allenfalls von Wohnungsbaugenossenschaften diskutiert.

Ich verweise auf die schriftliche Anfrage des Abg. Dr. Thomas Gambke (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)⁹¹⁵:

„Wird die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Kooperationsgesellschaft und zum weiteren Bürokratieabbau bei Genossenschaften weiterverfolgen oder andere Erleichterungen für Genossenschaften beschließen, und wenn ja, wann ist mit der Einbringung eines Gesetzentwurfs in den Deutschen Bundestag zu rechnen?“

Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärs im BMJ v. 07.05.2014:

„Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Gründung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement (Dorfläden, Kitas, altersgerechtes Wohnen, Energievorhaben) erleichtert werden soll; für solche Initiativen soll eine geeignete Unternehmensform im Genossenschafts- oder Vereinsrecht zur Verfügung stehen, die unangemessenen Aufwand und Bürokratie vermeidet. Es muss aber zunächst geprüft werden, inwieweit

dies am besten durch Änderungen im Vereinsrecht (!) oder im Genossenschaftsrecht umgesetzt werden kann.“

Für die Rechtsform der Genossenschaft fehlt es an einer den § 31a, 31b BGB entsprechenden Regelung zur Begrenzung der Haftung der Vorstandsmitglieder. Hierauf bezieht sich ein Antrag der SPD-Fraktion im Bundestag v. 20.11.2012⁹¹⁶. Der Bundestag soll die Regierung auffordern, u.a. zu prüfen,

ob bei ehrenamtlicher Vorstands- und Aufsichtsrats Tätigkeit die Haftung gegenüber der Genossenschaft für in Wahrnehmung ihrer Pflichten verursachte Schäden entsprechend der Regelung für Vereinsvorstände in § 31a des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden kann.

Dieser Antrag sowie weitere einschlägige Anträge sind auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages⁹¹⁷ abgelehnt worden⁹¹⁸.

5. Haftungserleichterungen – nur – für Vereinsorgane und Vereinsmitglieder

Durch das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes – Ehrenamtsstärkungsgesetz⁹¹⁹ – v. 21.03.2013 hat der Gesetzgeber Haftungserleichterungen für Vereinsorgane und Vereinsmitglieder im Recht des eingetragenen Vereins normiert. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung⁹²⁰ formuliert als Ziel:

„Das Gesetz trägt dazu bei, das zivilgesellschaftliche Engagement durch Entbürokratisierung und Flexibilisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen zu erleichtern. Dadurch wird es den steuerbegünstigten Organisationen und den ehrenamtlich Tätigen möglich, ihre gesamtgesellschaftlich wichtige Aufgabe noch besser wahrzunehmen.“

Das Gesetz will „die Haftung für ehrenamtlich Tätige beschränken“. Es geht – wie selbstverständlich – davon aus, dass die Einbindung der zivilgesellschaftlichen Elemente durch die Mitwirkung von Ehrenamtlichen schwerpunktmäßig im Verein stattfindet, denn die Regelung wird im Vereinsrecht getroffen, obwohl der Gesetzgeber

zugleich auch die gGmbH im Blick hatte, der die Verwendung dieser Abkürzung gestattet wurde. Die Novellierung enthält eine Beweislastregelung für die Haftungsbeschränkung für Vereinsorgane, besondere Vertreter und Vereinsmitglieder. Die besonderen Haftungsregelungen für Vorstandsmitglieder nach § 31a BGB soll auf Mitglieder anderer Organe sowie auf besondere Vertreter von Vereinen und Stiftungen erweitert werden. Der Finanzausschuss des Bundestages⁹²¹ führt zur Novellierung des § 31a BGB aus:

„Nach § 31a Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB sollen Mitglieder von Vereinsorganen und besondere Vertreter, die im Wesentlichen unentgeltlich für den Verein tätig sind, für Schäden, die sie dem Verein oder einem Vereinsmitglied bei ihrer Tätigkeit verursachen, nur haften, wenn sie die Schäden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben. Dasselbe gilt nach § 86 Satz 1 BGB auch für Stiftungen. . . .“

Zum § 31b BGB n.F. heißt es wiederum expressis verbis bezogen auf den Verein:

„Nach § 31b Absatz 1 Satz 1 BGB sollen Vereinsmitglieder, die im Wesentlichen unentgeltlich für den Verein Vereinsaufgaben wahrnehmen, für Schäden, die sie dabei verursachen, nur haften, wenn sie diese Schäden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht haben.“

IX. Ergebnis zu J. „Wirtschaftliche Geschäftsbetriebe von Sportvereinen“

1. Sportvereine, die ihren Mitgliedern Sportinfrastruktur zur Nutzung überlassen, unterhalten damit wirtschaftliche Geschäftsbetriebe, die steuerlich als Zweckbetriebe (§§ 65 ff. AO) privilegiert sind. Leistungen, die Nichtmitgliedern erbracht werden, unterliegen den allgemeinen steuerlichen Vorschriften und sind daher wettbewerbsrechtlich nicht relevant.

2. Die nationale und die europäische Rechtsordnung akzeptieren einen Dualismus von begünstigten, weil „dem Gemeinwohl dienenden“ (Art. 132 MwStSystRL) selbstlosen – d.h.: nicht mitgliedernützigen – Betrieben einerseits und dem allgemeinen Steuerregime unterliegenden gewerblichen Anbietern andererseits.

3. Das rechtliche Format des e.V. ist als klassische Organisationsform für

die ihre Grundfreiheiten wahrnehmende Zivilgesellschaft unverzichtbar.

4. Zugleich muss die Rechtsordnung dem Umstand Rechnung tragen, dass alle Organisationen des Dritten Sektors und vor allem die Sportvereine darauf angewiesen sind, Mittel, die nicht durch Mitgliederbeiträge und eine ohnehin nur subsidiäre staatliche Förderung aufgebracht werden können, selbst zu erwirtschaften.

5. Ferner ist – z.B. in der Wohlfahrtspflege – die Erbringung von entgeltlichen Leistungen für Organisationen des Dritten Sektors typisch und – in Gestalt des Zweckbetriebs – ein konstituierendes Element des gemeinnützigen Rechtsträgers.

6. Die überwiegende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist fragwürdig, weil sie mit ihrer Handhabung des Nebenzweckprivilegs dem typischen gemeinnützigen Zweckbetrieb nicht Rechnung trägt. Sie berücksichtigt nicht, dass sich ein ideeller gemeinnütziger Zweck in der Leistungserbringung durch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausdrücken kann.

7. Wer dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb das Rechtsformat des e.V. aus Gründen des Gläubigerschutzes verweigern will, sollte bedenken, dass der Gesetzgeber seit dem ADAC-Urteil des BGH den Grundsatz der Aufbringung und der Erhaltung des Fest- und Mindestkapitals deutlich relativiert hat. Soweit damit der vermögensrechtliche Schutz der Mitglieder angesprochen wird, muss bedacht werden, dass die Mitglieder eines gemeinnützigen Rechtsträgers wegen des Rechtsgrundsatzes der Selbstlosigkeit ohnehin keine Vermögensansprüche gegen diesen haben.

8. Durch die Praxis der Registergerichte hat sich mit Billigung der Rechtsprechung und Literatur ein Gewohnheitsrecht des Inhalts gebildet, wonach nur offene Rechtsformverfehlungen zu einer Löschung des e.V. aus dem Vereinsregister geführt haben. Dies lässt sich am Beispiel der Vereine der Bundesliga darstellen. Der Gesetzgeber hat diese Situation in zwei Anläufen nicht reformieren wollen. § 395 FamFG⁹²² enthält keine materiell-rechtlichen Vorgaben, welche auf eine Änderung der jahrzehntelangen Praxis hinauslaufen würden.

9. Die Löschung eines Vereins aus dem Register würde zu nachteiligen haftungs- und steuerrechtlichen Konsequenzen führen, die durch die

Zivilrechtsprechung nicht ausgeräumt werden konnten. Dies ist ein Indiz dafür, dass damit der Auftrag der Gerichte zu einer angemessenen Rechtsanwendung und -fortbildung verlassen würde.

10. Die Rechtsform des eingetragenen Vereins ist für Rechtsträger des Dritten Sektors, die wirtschaftlich-unternehmerisch gegenüber ihren Mitgliedern und / oder gegenüber Dritten entgeltliche Leistungen erbringen, „alternativlos“.

11. Die Rechtsordnung muss diesen Rechtsträgern aus Gründen der Gewährleistung und Entstehenssicherung von Grundrechten ein rechtliches Format zur Verfügung stellen, das den Besonderheiten der Mitgliederstruktur, der Mitgliederfluktuation und den Sachgesetzmäßigkeiten des typischen operativen Geschäfts – Verfolgung ideeller zweckbetrieblicher Satzungszwecke und Eigenfinanzierung durch Unterhaltung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe – unter Berücksichtigung des vom Gesetzgeber anerkannten Bedürfnisses nach einer Haftungsbegrenzung für Organe und Mitglieder gerecht wird.

12. Darüber hinaus geht es um die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen zwei miteinander konfligierenden Teilrechtsordnungen (Steuerrecht und Vereinsrecht). Das Steuerrecht beansprucht – auch nach der lex posterior-Regel (das jüngere Gesetz hat Vorrang vor dem älteren) – eine Bereichsausnahme im Vereinsrecht, weil sonst die Förderung des Zweckbetriebs (§ 65 AO) ins Leere laufen würde.

13. § 395 FamFG ist eine „Kann“-Bestimmung. Das Registergericht hat eine hinsichtlich des Abwägungspotentials hochkomplexe Ermessensentscheidung zu treffen. Dabei sind u.a. der Zweck der §§ 21 f. BGB, der inhaltlich aufgrund der Rechtsentwicklung modifiziert worden ist, ebenso zu berücksichtigen wie die Rechtsfolgen einer Löschung und die verfassungsrechtlichen Implikationen infolge Fehlens einer sachadäquaten und zumutbaren Rechtsformalternative. Nicht ermächtigungskonform wäre eine Berücksichtigung – etwaiger – Wettbewerbsvorteile.

14. Die durch Art. 9 GG und Art. 12 Grundrechte-Charta der EU geschützte Vereinigungsfreiheit erfordert, dass der Gesetzgeber zwecks Entstehenssicherung der grundrechtlich geschützten Vereinigungsfreiheit den Organisationen der Zivilgesellschaft ein rechtliches Format zur

Verfügung stellt, das den spezifischen Bedürfnissen von bürgerschaftlichen Vereinigungen – unter Berücksichtigung der Mitgliederfluktuation, Haftung von Organen und Mitgliedern usw. – einen sachadäquaten Rechtsrahmen bietet.

15. Eine Analyse der gängigen Gesellschaften des Handelsrechts und der Genossenschaft zeigt, dass diese rechtlichen Formate die Funktionalität des eingetragenen Vereins nicht ersetzen können. Es wäre auf verfassungswidrige Weise unverhältnismäßig, wollte man die zivilgesellschaftlichen Vereinigungen in die schwer handhabbaren und zum Teil nur aufwendig zu praktizierenden Regelungsrahmen abdrängen.

16. Nicht von ungefähr – weil nämlich der Verein die typische Organisationsform ist, in welche das meiste bürgerschaftliche Engagement eingebracht wird – hat der Gesetzgeber die Haftungserleichterungen für die Akteure des Dritten Sektors regelungssystematisch dem Recht des Vereins zugeordnet. Auch aus diesem Grunde würde es dem Regelungswillen des Gesetzgebers widersprechen, diese Erleichterung entfallen zu lassen, wenn der Verein einen Zweckbetrieb unterhält und / oder wenn er im Hinblick auf die typische und auch übliche Existenznotwendigkeit einer Eigenfinanzierung einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhält.

17. Diese Notwendigkeit ergibt sich ungeachtet des Umstandes, dass der Zweckbetrieb per definitionem keine nach allgemeinen Grundsätzen steuerbefreite Vermögensverwaltung, sondern eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, und in notwendiger Konsequenz mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber angemessene und in zumutbarer Weise anzuwendende zivilrechtliche Rechtsformen für die zweckbetrieblichen wirtschaftlichen Tätigkeiten bereitstellen muss.

K. Zusammenfassende Thesen

1. Gegenwärtig werden auf verschiedenen Teilrechtsgebieten – Europarecht, Verfassungsrecht, Gemeinnützigkeitsrecht, allgemeines Sportförderrecht, Vereinsrecht (§ 21 f. BGB) – Streitigkeiten zu Sportdienstleistungen gemeinnütziger Sportvereine ausgetragen. Soweit ein Verein Leistungen, z.B. die Überlassung von Sportstätten, an Nichtmitglieder erbringt, wird er regulär besteuert. Dies ist konform mit den Regeln des Wettbewerbs. Im Bereich des Sports betrifft das Wettbewerbsproblem den sog. inneren Markt, nämlich die Leistungen des Vereins gegenüber seinen Mitgliedern. Leistungen auf den Gebieten der Wohlfahrtspflege werden überwiegend auf dem äußeren Markt – d.h. gegenüber Nichtmitgliedern – erbracht. Sie sind unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 51 ff. AO dem Zweckbetrieb (§§ 65 ff. AO) zuzurechnen und gehören damit ebenso wie die Leistungen am inneren Markt zur gemeinnützigkeitsrechtlich begünstigten ideellen Sphäre der Körperschaft. Zweckbetriebe sind definitionsgemäß (§§ 65, 64 AO i.V.m. § 14 AO) wirtschaftliche Geschäftsbetriebe. An den steuerlich privilegierten Status als gemeinnützig knüpft die staatliche Förderung an. Das harmonisierte Mehrwertsteuerrecht nimmt hier eine unternehmerische Tätigkeit an. Die steuerlichen und sonstigen Privilegien führen in den Anwendungsbereich des europäischen Beihilferechts (Art. 107 f. AEUV), das die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige durch den Staat bzw. durch staatliche Mittel in das Visier der Wettbewerbsaufsicht nimmt. Es war bislang nahezu einhellige Auffassung, dass der Sonderstatus der zweckbetrieblichunternehmerischen Tätigkeit auf dem inneren und – so vor allem in der freigemeinnützigen Wohlfahrtspflege – auf dem äußeren Markt mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist, wenn und soweit der Wettbewerb verfälscht und der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden. Hier zeichnet sich in neuerer Zeit ein Umdenken ab.

2. Mit ihren am „inneren Markt“ erbrachten privilegierten Sportdienstleistungen treten die gemeinnützigen Sportvereine in Wettbewerb zu gewerblichen Anbietern, die dasselbe Nachfragesegment

bedienen. Ein Beispiel hierfür ist der Konflikt zwischen der Kletterhalle des gemeinnützigen Deutschen Alpenvereins (DAV) – Sektion Berlin – und einem gewerblichen Unternehmen, das in räumlicher Nähe zu der vom DAV betriebenen Sportstätte „die gleichen“ Sportdienstleistungen anbietet. Das gewerbliche Unternehmen macht geltend, die „selektive“ – d.h. gleichheitswidrige – Förderung eines konkurrierenden Marktteilnehmers sei ein staatlicher Eingriff in den freien Wettbewerb, der nach Verfassungsrecht (Art. 3 Abs. 1, Art. 12 GG) und Europarecht (Art. 107 f. AEUV) der Rechtfertigung bedürfe und nach diesen Maßstäben rechtswidrig sei. Der gewerbliche Anbieter setzt sich mit einem Verfahren vor den Verwaltungsgerichten und mit einer Beschwerde an die EU-Kommission zur Wehr. Die EU-Kommission, die zunehmend die Bedeutung der durch gemeinnützige Organisationen erbrachten DAWI erkennt, hat die vom Land Berlin dem DAV auf der Grundlage des Sportfördergesetzes zugewendeten Subventionen als mit europäischem Recht vereinbar angesehen (Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV). Nach dieser Vorschrift „können“ mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden „Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse“. Das Gericht der Europäischen Union (EuG) hat durch Urteile v. 12.05.2016 und v. 09.06.2016 Klagen gewerblicher Konkurrenten gegen die staatliche Sportförderung abgewiesen. Diese Entscheidungen sind für den gesamten Dritten Sektor bedeutsame Meilensteine auf dem Weg zur Anerkennung der Zivilgesellschaft in Europa und zur Ausformung einer Sozialunion.

3. Der vorstehend beschriebene Konflikt zeigt: Auch die Sportverbände und die Sportvereine haben „die Gesetze des Marktes entdeckt“ und entwickeln dienstleistungsorientierte Angebots- und Organisationsstrukturen, mit denen sie den gewerblichen Anbietern *prima vista* gleichartiger Leistungen „in die Quere kommen“. Diese Problemlage entsteht auch für die von mitgliederstarken Sportvereinen unterhaltenen Sportvereinszentren. Unter dem Dach der autonomen Sportvereine und -verbände koexistieren zwei verschiedene Varianten der Sportdienstleistungen: zum einen die in einem Austauschverhältnis durch Mitgliedsbeiträge entgeltete Überlassung bisweilen hochwertiger Ressourcen, wobei sich die Sportdienstleistungen der Vereine hinsichtlich Qualität, Organisation, Management, dem Einsatz (nicht nur)

hauptamtlicher Kräfte und der ökonomischen Handlungslogik von denen der nicht privilegierten Wettbewerber jedenfalls äußerlich kaum unterscheiden; zum anderen die traditionell kleinteiligen Angebote, die gestützt auf ein hohes Maß an Einbindung ehrenamtlichen Engagements mit dem hierdurch geschaffenen zivilgesellschaftlichen Mehrwert weder „marktfähig“ noch als staatliche Regelleistung organisierbar wären. Unabhängig von ihrer Größe erfüllen die gemeinnützigen Träger als Zusammenschluss ihrer Mitglieder in kollektiver Ausübung von Grundrechten (Art. 9 Abs. 1 GG) prinzipiell staatsfern und selbständig pluralistische Gemeinwohlaufgaben. Sie konstituieren die Zivilgesellschaft als die Welt der privaten Initiativen, der Vereine, des Zusammenwirkens zur Verfolgung gleichgerichteter Interessen. Das Stichwort „Zivilgesellschaft“ verweist auf das verfassungsrechtlich fundierte Verständnis einer vertikalen Gewaltenteilung von Staat und Gesellschaft.

4. Das steuer-, verfassungs- und europarechtliche Problem einer „selektiven“ Begünstigung von gemeinnützigen Marktteilnehmern betrifft nicht nur die Sportvereine, sondern alle gemeinnützigen Rechtsträger, die in Verfolgung ideeller Zwecke (§§ 52 bis 54 AO) die Voraussetzungen der Generalklausel des § 65 AO erfüllen, z.B. Organisationen zur Förderung von Kunst und Kultur, der Wissenschaft und Forschung und der Erziehung, Volks- und Berufsbildung, ferner die spezialgesetzlich normierten Träger der Wohlfahrtspflege (§ 66 AO), Krankenhäuser in gemeinnütziger Trägerschaft (§ 67 AO) und die in § 68 AO normierten „Einzelnen Zweckbetriebe“. Diese befriedigen mit den ihren Mitgliedern („innerer Markt“) sowie Dritten („äußerer Markt“) – steuerrechtlich unternehmerisch – erbrachten Leistungen Marktnachfrage und stehen damit im Wettbewerb zu nicht begünstigten Anbietern.

5. Die zweckbetriebliche Leistung des gemeinnützigen Vereins gegenüber seinen Mitgliedern – definitionsgemäß auf dem inneren Markt – wirft nicht nur im Sport, sondern auch bei Vereinen zur Förderung von Kunst und Kultur die Frage nach dem zulässigen Quantum der Mitgliedernützigkeit auf. Der durch Beiträge erkaufte Nutzen für das einzelne Mitglied reflektiert die zumeist staatlich geförderte Schaffung und Unterhaltung der gesellschaftlichen Infrastrukturen, die den Charakter der Bundesrepublik z.B. als „Sportstaat“ oder „Kulturstaat“ begründen.

6. Das Gutachten des Münchener IFO-Instituts „Die Besteuerung

gemeinnütziger Organisationen im internationalen Vergleich“ (Mai 2005) hat festgestellt, dass in vielen europäischen Ländern Zweckbetriebe akzeptiert werden, ohne dass die Steuerfreiheit der Leistungserbringung verloren geht. Die Idee der zweckbetrieblichen Leistungserbringung setzt sich in den Mitgliedstaaten der EU und in Rechtsakten, Entscheidungen und Bekundungen europäischer Institutionen zunehmend durch. Dies bedarf auf nationaler Ebene der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Vor diesem Hintergrund ist die Konkurrenzklausel des § 65 Nr. 3 AO zu sehen. Hiernach ist ein Zweckbetrieb u.a. gegeben, „wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist“. Das Gesetz nimmt im Rahmen einer Gesamtabwägung Wohlfahrtsverluste aus Wettbewerbsbeeinträchtigungen in Kauf, wenn dies aus Gründen der Erfüllung gemeinwohldienlicher Zwecke unvermeidbar ist. Europarechtlich müssen die Hürden des Beihilferechts überwunden werden (Art. 107 f. AEUV). Jenseits der starren Regularien des Beihilferechts ermächtigt Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV die EU-Kommission zu einer strukturell gleichartigen Ermessensentscheidung über die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt, mit der die „Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete“ einerseits und die Wahrung der die EU als Binnenmarkt strukturierenden Handelsbedingungen andererseits gegeneinander abgewogen werden. Beihilfen können als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, „soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft“. Die EU-Kommission hat in jüngster Zeit das ihr zustehende Ermessen zugunsten der staatlichen Sportförderung ausgeübt; das EuG hat dies bestätigt.

7. In historischer Sicht ist der privilegierte Zweckbetrieb (§§ 65 ff. AO) entwickelt worden aus dem Leitgedanken der Behebung von Marktversagen zugunsten von Mitbürgern, die sich existenznotwendige Güter und Dienstleistungen nicht zu Marktbedingungen leisten konnten. Bereits die Vorläufer der AO hatten zum Ziel, z.B. durch fürsorgliche Leistungen der Wohlfahrtspflege für sozial Schwache (Beispiele: Armenküche und Armenspital) ein manifestes Marktversagen zu korrigieren. Dieser legislatorische Grundgedanke bedarf im modernen

gewährleistenden Sozialstaat einer aktualisierenden Neubestimmung unter Berücksichtigung der pluralen Erscheinungsformen des Zweckbetriebs. Der nach wie vor richtige gedankliche Ansatz des Marktversagens ist umzulenken und zu erweitern auf die typischerweise gerade von den gemeinnützigen Anbietern zu erbringende vor allem personenbezogene Qualität von Leistungen, die gekennzeichnet ist u.a. durch die Schaffung eines spezifischen zivilgesellschaftlichen Mehrwerts in einem vereinsrechtlich partizipatorischen Format unter Einbindung einer Idee nach und in der sozialen Wirklichkeit nur bei gewinnzweckfreien Organisationen sich einbringenden ehrenamtlichen Engagements. Im Sport, bei der Förderung von Kunst und Kultur, in der Wohlfahrtspflege wie auch bei der Verwirklichung der meisten gemeinnützigen Zwecke (§ 52 Abs. 2 AO) sind die Trägervielfalt und hiermit korrespondierend die Wahlfreiheit der Nutzer „Werte an sich“.

8. Durch die zweckbetriebliche Leistung werden die durch Art. 34 ff. der EU-Grundrechte-Charta verbürgten Ansprüche des Einzelnen auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, zum Recht auf Gesundheitsschutz und auf Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eingelöst.

9. Der im Kern in vielen Mitgliedstaaten der EU geltende Rechtsrahmen der zweckbetrieblichen Erbringung von Leistungen ist

- die institutionelle zivilgesellschaftliche Sicherung der Partnerschaft zwischen der Verwirklichung ideeller Zwecke durch autonome Organisationen des Dritten Sektors und dem nur subsidiär fördernden Staat;
- Voraussetzung für die Einbindung zivilgesellschaftlichen ehrenamtlichen Engagements;
- Voraussetzung für eine markttypische Betätigung auf nicht rentablen Betätigungsfeldern;
- organisatorischer Rahmen für ein nicht primär gewinnorientiertes, jedenfalls aber selbstloses Tätigwerden auf der Grundlage der Solidarität und der Menschenwürde;
- Kern eines Verständnisses, wonach gemeinwohlorientierte Leistungserbringung über Wirtschaftlichkeitskriterien hinaus Besonderheiten aufweisen, die zu einer bestimmten Sozialkultur beitragen;

- Ausdruck einer Wertorientierung von Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse;
- Garant für eine Teilhabe der Nutzer an der Gestaltung, Erbringung, Kontrolle und Evaluierung sozialer Dienste (*corporate governance-Grundsätze*);
- demzufolge Bestandteil des Sozialstaats und der Zivilgesellschaft Deutschlands und
- Teil der nationalen und kulturellen Identität der Bundesrepublik (Art. 4 Abs. 2 EUV).

10. Die Bundesrepublik ist ein Sportstaat ebenso wie ein Kulturstaat. Ihre nationale Identität wird auch geprägt durch die freigemeinnützige Wohlfahrtspflege. Das Vereinswesen und die Kultur der Ehrenamtlichkeit charakterisieren das organisatorische Format der Verwirklichung ideeller Zwecke. Der Staat fördert die Zweckbetriebe auch aufgrund der Erkenntnis, dass „der Markt“ allein den Sport-, Kultur- und Sozialstaat nicht schaffen kann. Bezogen auf den Sport ist zu sagen: Die steuer- und zuwendungsrechtlich organisierte staatliche Kofinanzierung der Errichtung und des Betriebs von Sportanlagen mit lokaler und regionaler Bedeutung zur Nutzung durch Vereine und „die Öffentlichkeit“ dient der Bereitstellung von Leistungen der Daseinsvorsorge zur Behebung von Marktversagen (*market failure*). Die Schaffung von Sportinfrastruktur und – auf dieser Basis – die Erbringung von allen Bevölkerungsschichten zugänglichen Sportdienstleistungen ist nach deutschem Verwaltungs- und Verfassungsrecht der staatlichen Daseinsvorsorge zuzuordnen. Mit ihr konkretisiert sich die Verpflichtung des Staates, Lebensverhältnisse aller Bürgerinnen und Bürger solidarisch und gerecht und gemeinwohlorientiert mit dem Ziel eigenverantwortlich zu schaffender und verbesserter Lebens- und Qualitätsstandards zu ordnen und zu erhalten.

11. Die gesellschaftliche Bedeutung des Sports wird exemplarisch in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV angesprochen: „Die Union trägt zur Förderung der europäischen Dimension des Sports bei und berücksichtigt dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion.“ Die hier – nicht mit Anspruch auf Vollständigkeit – angesprochene Bedeutung des Sports ist allgemein in den Mitgliedstaaten der EU konsensfähig. In der Bundesrepublik wird dies bestätigt in

Verlautbarungen der gesetzgebenden Organe und der Spitzenverbände des Dritten Sektors. In diesen wird deutlich: „Der Markt“ allein kann Sportdienstleistungen nicht mit den Charakteristika erbringen, wie sie in dem Abschnitt des AEUV „Die internen Politiken und Maßnahmen der Union“ als Politikziel der EU beschrieben werden und wie sie national durch den Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit als vor allem selbstlose Verfolgung ideeller Gemeinwohlzwecke vorausgesetzt sind. Das staatliche Politikziel des „Förderns“ impliziert die Notwendigkeit, unter Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität öffentliche Mittel zur Erreichung dieses Ziels bereitzustellen.

12. Die gängige verfassungspolitische Bewertung der Bundesrepublik als Sportstaat ist berechtigt dank umfassender Förderung des Sports durch Bund, Länder und Gemeinden. Deutschland ist nicht weniger ein Sportstaat als ein Kulturstaat. Die deutsche Rechtsordnung ist „sportfreundlich“. Der Bund vertritt insbesondere die Belange des Spitzensports. Die Länder und die Kommunen fördern überwiegend den Breitensport, den Behindertensport und den Nachwuchsleistungssport. Allerdings kann und soll der Staat den „Sport für alle“ nicht organisieren. Dies ist der Part zum einen des Marktes, zum anderen aber auch einer eigenverantwortlich, gemeinwohlorientiert und prinzipiell uneigennützig tätigen Zivilgesellschaft, deren Mitglieder insoweit ihre Grundrechte ausüben und die sich in freier Entscheidung zum Ziel setzen, verbesserte Lebensbedingungen für alle zu schaffen und durch Generierung eines zivilgesellschaftlichen Mehrwerts ihrer Leistungen einem Marktversagen abzuhelpen. Die Zivilgesellschaft organisiert Trägervielfalt. Der Staat fördert subsidiär.

13. Die Vergabe der von den Haushaltsgesetzgebern bereitgestellten Fördermittel geschieht grundsätzlich im Rahmen einer Partnerschaft zwischen dem Staat und den gemeinnützigen Rechtsträgern mittels einer zuwendungsrechtlich-institutionellen Sicherung sowohl durch das Haushaltsrecht als auch durch die steuerbehördliche Kontrolle der unmittelbaren, ausschließlichen und zeitnahen Verwendung unter Ausschluss eines unverträglichen Eigennutzes (§ 52 Abs. 1 Satz 1 AO, §§ 55 bis 57 AO). Dabei achtet der Staat die auch grundrechtlich (Art. 9 Abs. 1 GG) gewährleistete Autonomie der freigemeinnützigen Vereine und Verbände. Dies trägt dem Primat bürgerschaftlicher Selbstorganisation in

der Demokratie Rechnung und ist systemprägend für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft. Staat und autonome Organisationen des Dritten Sektors verwirklichen partnerschaftlich den „Sportstaat Deutschland“.

14. Die Sportverbände und – vereine fördern den Sport eigenverantwortlich und prinzipiell staatsfern. Hierfür sind sie auf eine angemessene Finanzierung angewiesen. Allein mit Mitgliedsbeiträgen und durch Erbringung entgeltlicher Leistungen an Dritte – Sponsoring, Vermarktung von Veranstaltungen, Merchandising usw. – kann sich der Amateursport nicht finanzieren. Ohne staatliche Unterstützung wären weder der Breiten- noch der Spitzensport mit dem traditionellen und dem „Sportstaat Deutschland“ gemäßen Qualitätsanspruch für die breit gefächerten Sparten möglich. Die Unterhaltung von – nach allgemeinem Recht steuerpflichtigen – wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben ist eine ökonomische Notwendigkeit, der das Gemeinnützigkeitsrecht Rechnung tragen muss. Dieser Gedanke liegt auch dem in § 21 BGB hineinzulesenden, teleologisch und verfassungskonform anzuwendenden Nebenzweckprivileg zugrunde.

15. Der besondere Rechtsrahmen des Dritten Sektors ist integraler Bestandteil des Sozialstaats. Die gemeinnützigkeitsrechtlichen Prinzipien der ausschließlichen, unmittelbaren und selbstlosen Förderung der Allgemeinheit sind unverzichtbare Bedingungen der Erhaltung vereins- und verbandsmäßiger Strukturen, der Einbindung des ehrenamtlichen Engagements in die zweckbetriebliche Leistungserbringung und letztlich auch der partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Drittem Sektor und Staat, insbesondere bei der Sportförderung. Der Einsatz von Freiwilligen und „Ehrenamtlern“ ist ein wesentliches Element gemeinwohlorientierter ideeller Zweckverfolgung im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit. Initiativen und Dienstleistungen im Sport sind ebenso wie im Gesundheits- und Sozialwesen ohne die Einbindung zivilgesellschaftlichen freiwilligen Engagements nicht denkbar. Die komplexe ordnungspolitische Größe „Gemeinnützigkeit“ rechtfertigt eine Bevorzugung gegenüber gewerblichen Anbietern.

16. Die gemeinnützigen Rechtsträger bieten durch ihre innerorganisatorische Struktur, durch die strikte Kontrolle durch die Finanzbehörden und durch ihre Einbindung in die satzungsmäßig verklammerte Hierarchie der gemeinnützigen Verbandsstrukturen Gewähr

für eine institutionell abgesicherte Verfolgung ideeller Zwecke und die gemeinwohldienliche Verausgabung ideell gebundener Mittel. Der Gedanke einer öffentlich-rechtlichen „Verlängerung“ der vom Gesetzgeber vorausgesetzten, auf die Förderung des Allgemeinwohls ausgerichteten Zweckbindung von Haushaltsmitteln im öffentlichen Interesse rechtfertigt es, dass die staatliche Sportförderung prinzipiell an den Status einer Körperschaft als gemeinnützig anknüpft. Dies bedeutet auch: Der Staat kann berechtigterweise ausschließen, dass die zur Finanzierung eines „erheblichen öffentlichen Interesses“ (vgl. § 23 BHO) bestimmten Haushaltsgelder ganz oder teilweise als Gewinnausschüttung an Eigner / Träger der geförderten Organisation durchgereicht werden. Dies rechtfertigt die Partnerschaft des Staates mit den gemeinnützigen Sportverbänden und – vereinen bei der Sportförderung.

17. Wie sich aus Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV ergibt, gehören die auf „freiwilligem Engagement basierenden Strukturen“ zum Proprium des Sports. Ehrenamtliches Engagement als zivilgesellschaftliche Tugend ist in dem vom Markt angebotenen Sport praktisch nicht denkbar. Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“ hat die Entwicklung des Ehrenamtes nachgezeichnet beginnend mit der Entstehung von Kommunen als selbstverwaltete lokale Gemeinwesen im Rahmen der Stein-Hardenbergschen Reformen zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Preußen, in denen das aufstrebende Bürgertum über das Ehrenamt an der lokalen Selbstverwaltung beteiligt wurde. Als soziales Ehrenamt erhielt es seine institutionelle Ausdrucksform durch das im Jahre 1853 geschaffene ‚Elberfelder System‘, mit dem die öffentliche Armenpflege auf der Grundlage der Preußischen Städteordnung zu einer ehrenamtlichen Aufgabe der männlichen Bürger wurde. Dadurch wurde „die spezifisch deutsche Tradition des Ehrenamtes als Übernahme eines ‚öffentlichen Amtes‘ im Zusammenhang der Regelung örtlicher Angelegenheiten auch für den Bereich der Armenfürsorge und Wohlfahrtspflege wirksam“. Vor allem in der Wohlfahrtspflege kennzeichnet das Praktizieren einer religiös oder weltanschaulich fundierten Grundüberzeugung das altruistische Pflichtbewusstsein des traditionellen Ehrenamtes. „Die Engagierten erfüllen eine moralische Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber und realisieren dabei kulturell tradierte Werte wie Solidarität, Gemeinsinn und

Hilfsbereitschaft“ (Enquete-Kommission). In diesem Sinne war und ist das Ehrenamt Kern der Selbstorganisation politischer, sozialer und auch geselliger Vereinigungen. Es ist ein zentrales Element der gemeinwohlorientierten ideellen Zweckverfolgung im Rechtsrahmen der Gemeinnützigkeit. Der Status gemeinnütziger Organisationen als Erbringer von Dienstleistungen in besonderer wertorientierter und personenbezogener Qualität wird, wie Art. 165 Abs. 1 Satz 3 AEUV zeigt, auch im europäischen Recht anerkannt.

18. Die Wahrnehmung eines Ehrenamtes gründet in subjektiver Hinsicht in einer individuellen Orientierung an Werten, die als persönlich verpflichtend anerkannt werden. Dem entspricht in institutioneller Hinsicht die Festlegung der Träger des Dritten Sektors auf *corporate-governance*-Grundsätze, z.B. auf „Gute Grundsätze der Stiftungs- und Vereinsführung“, auf kodifizierte Ethiknormen und – exemplarisch – auf die Ziele der EU-Agenda für eine vor allem jugendpolitische Zusammenarbeit im Sport,⁹²³ die da sind: gesundheitserhaltende und -fördernde körperliche Betätigung, soziale Integration im und durch den Sport einschließlich des Sports für Menschen mit Behinderungen und Migrationshintergrund, Gleichstellung der Geschlechter im Sport, nachhaltige Finanzierung des Breitensports, Kampf gegen das Doping. Die Transmissionsfunktion der in der Verbandshierarchie satzungsmäßig festgeschriebenen Festlegung auf ideelle Zwecke lässt über alle Stufen der durch Selbstverpflichtung organisierten Verbandshierarchie hinweg sich beispielhaft belegen durch die Satzungen des DOSB und der nachgeordneten Verbände und Vereine, die institutionell-organisatorisch zu einem Gemeinnützigkeitsverbund verklammert sind, in welchem auch die öffentlichen Fördermittel verausgabt werden.

19. Die Sonderstellung der gemeinnützigen Organisationen und der Dualismus von gemeinnütziger Daseinsvorsorge und gewerblicher Leistungserbringung sind Ordnungsprinzipien, die der – auch in Art. 11 Abs. 2 EUV vorausgesetzten – „Vorgegebenheit“ und dem Proprium der Zivilgesellschaft geschuldet sind. Die gemeinnützigen Rechtsträger „erkaufen“ sich diese Sonderstellung durch erhebliche Restriktionen; dies sind insbesondere die Regularien der zeitnahen Mittelverwendung und das Gebot der Selbstlosigkeit, verstanden als Verbot der Ausschüttung von ideell gebundenen Mitteln.

20. Der beschriebene Sonderstatus des Dritten Sektors zwischen Markt und Staat – der Zivilgesellschaft – und seine staatliche Förderung gehören zu den Strukturprinzipien der bundesrepublikanischen Gesellschaft. Sie sind Bestandteile der nationalen Identität der Bundesrepublik als Mitgliedstaat der EU, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt“ (Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV). „Gemeinnütziges Handeln als System von Trägerpluralität und Wahlrecht der Betroffenen ist eine ordnungspolitische Größe für den europäischen Mitgliedstaat Deutschland“ (U. Karpen). In jüngster Zeit sind die Erwartungshaltung an den Beitrag der organisierten Bürgergesellschaft gestiegen, weshalb Vereine, Verbände und ihr bürgerschaftliches Engagement eine größere Rolle bei der Daseinsvorsorge spielen und staatliche Leistungen ersetzen sollen. Allerdings muss der Dritte Sektor dafür Sorge tragen, dass er nicht angesichts knapper Kassen und eines Staats- und Verwaltungsversagens als Notnagel missbraucht wird. Bedenklich ist die Vorstellung des EuGH, ein System zur Regelung dringender Krankentransportdienste, bei dem die zuständigen Behörden auf Freiwilligenorganisationen zurückgreifen können, müsse „zu den Zielen der Solidarität und der Haushaltseffizienz beitragen“.

21. Die Unterscheidung zwischen privilegierten Non-Profit-Anbietern und nicht begünstigten Mitbewerbern gibt es nicht nur im Sport. Die Finanzierung von Pflegeleistungen wird zumindest teilweise durch eine Pflichtversicherung abgedeckt. Dieser Markt ist auch für ausschließlich erwerbswirtschaftliche Unternehmen lukrativ. Dies ist prinzipiell keine Branche, welcher der gewährleistende Staat unter die Arme greifen müsste. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 11 Abs. 2 Satz 2, 3 SGB XI (Pflegeversicherungsgesetz) die Gleichrangigkeit der gemeinnützigen Institutionen der Freien Wohlfahrtspflege und der privat-gewerblichen Träger ausdrücklich statuiert. Die Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages sah „ein deutliches Spannungsverhältnis“ zwischen der gewachsenen Kultur der nationalen Förderung von Angeboten im Sozialbereich und der Strategie auf der EU-Ebene, möglichst alle Wirtschaftssektoren mit gemeinschaftsweiter Bedeutung zügig und soweit eben möglich für den Markt zu öffnen und dem Wettbewerbsrecht zu unterwerfen. Gleichwohl ist diese Unterscheidung gerechtfertigt, weil

gemeinnützige und gewerbliche Anbieter in jeweils unterschiedlichen rechtlichen und sozialen Rahmen tätig werden. Diese gesellschaftspolitische Grundentscheidung ist verfassungs- und europafest. Der Dualismus von zivilgesellschaftlicher und gewerblicher Mehrung des Gemeinwohls ist zu würdigen vor dem Hintergrund einer Entwicklung des Europarechts, welche eine markoliberalistische Version des „unverfälschten Wettbewerbs“ zunehmend zurückdrängt.

22. Allerdings besteht die gesellschaftliche und rechtliche Bringschuld, das zivilgesellschaftliche Proprium der Leistungserbringung durch gemeinnützige Träger zu belegen. Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege hat in ihrem Memorandum „Zivilgesellschaftlicher Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“ (Okt. 2004) die Besonderheiten der Leistungserbringung durch den gemeinnützigen Sektor in vorbildlicher Weise dargestellt. Hieraus ergeben sich konkrete Handlungsempfehlungen. „Der Sport“ findet „natürliche Verbündete“ in den Organisationen der freien Wohlfahrtspflege ebenso in den gemeinnützigen Sachwaltern der Kultur. Hier gilt es, Konvergenzen zu erarbeiten z.B. zur internen Führung nach *corporate-governance-Grundsätzen* ebenso wie zur Außendarstellung. Alle Akteure des Dritten Sektors sollten ihre Interessen und Politiken bündeln, um der Zivilgesellschaft den ihr zukommenden Status zu verschaffen, z.B. gegenüber der Bundesregierung sowie als Dialogpartner der EU auf der Rechtsgrundlage des Art. 11 Abs. 1 EUV.

23. Der Dualismus zwischen Non-Profit- und For-Profit-Organisationen ist auch im europäischen Recht bekannt. Beginnend mit der politischen Diskussion über die Dienstleistungsrichtlinie, in der das Europäische Parlament eine Bereichsausnahme für Dienstleistungen gemeinnütziger Träger, insbesondere im Bereich des Gesundheitswesens, durchgesetzt hat, hat sich ein bemerkenswerter Prozess der Diversifizierung von grundlegenden Rechtsbegriffen entwickelt. Auf dem Gebiet der Sportdienstleistungen konkurrieren regulär besteuerte Steuerpflichtige mit solchen Unternehmern, die als „Einrichtungen ohne Gewinnstreben“ – dies bedeutet: ohne Ausschüttung von Gewinnen an Mitglieder bzw. Eigner – „Steuerbefreiungen für bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“ (Überschrift zu Titel IX Kapitel 2 der MwStSystRL) erhalten. Das Fehlen von Eigennutz wird auch in der Vergaberichtlinie 2014/21/EU

für die Privilegierung gemeinnütziger Träger vorausgesetzt. Nach Art. 77 dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass öffentliche Auftraggeber solchen Organisationen das Recht zur Teilnahme an Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorbehalten, deren Ziel auf „die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe“ ausgerichtet ist; die Gewinne müssen reinvestiert werden, was auf die Vergabe an gemeinnützige Auftragnehmer hindeutet. Etwaige Gewinnausschüttungen oder -zuweisungen sollten auf partizipatorischen Überlegungen beruhen (Art. 77 Abs. 2 der Richtlinie 2014/21/EU). Zu den in Bezug genommen CPV-Codes gehören „administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich“ und „sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen von Gewerkschaften, von politischen Organisationen, von Jugendverbänden und von sonstigen Organisationen und Vereinen“.

24. Gerade das wettbewerbsrechtlich hochsensible Mehrwertsteuerrecht belegt mit seiner Begünstigung von selbstlos unternommenen gemeinwohldienlichen Tätigkeiten, dass uneigennützige Akteure am Markt – typischerweise in freier zivilgesellschaftlicher Trägerschaft – in einem Rechtsrahmen tätig sind, der die ausschließliche Verfolgung ideeller Zwecke gewährleistet. Der angesprochene Dualismus verweist darauf, dass das Prinzip der gemeinnützigen Förderung ideeller Ziele und die Schaffung eines zivilgesellschaftlichen Mehrwerts auch in Europa anerkannte Ordnungsgrößen sind, die eine vertikale Aufgabenteilung zwischen Staat, Gesellschaft und Markt prägen.

25. Ungeachtet dessen ist der freie und durch staatliche Eingriffe nicht verfälschte Wettbewerb eine wesentliche Säule der europäischen Marktordnung. Angesichts der beschriebenen staatlichen Förderung steht der gesamte Dritte Sektor „im europäischen Zugwind“ (W. Rainer Walz). Im europäischen Recht sind für die Zweckbetriebe der gemeinnützigen Rechtsträger die gleichen konfligierenden Prinzipien abwägend auszugleichen wie auf nationaler Ebene nach Verfassungsrecht. Die europäische Wettbewerbsordnung, deren wesentlicher Bestandteil das Beihilferecht ist (Art. 107 f. AEUV), ist kein vorrangiges Ordnungsprinzip. Es bedarf der Herstellung einer praktischen Konkordanz mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die im europäischen

Primärrecht verankert und im Sekundärrecht ebenso ausgeformt sind wie die Wettbewerbsregeln der Art. 101 ff., 107 ff. AEUV. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen des Europarechts sind nach deutschem Verfassungsverständnis auf das Integrationsziel eines europäischen Sozialmodells gerichtet. Das BVerfG hat in seinem Urteil zum Vertrag von Lissabon das Sozialstaatsprinzip in das Zentrum der nationalen Staatlichkeit gerückt und die Geltung seines Kernbereichs gegen „überstaatliche Inanspruchnahmen“ abgeschirmt. Das BVerfG sieht in der sozialstaatlichen Gestaltung der sozialen Lebensverhältnisse einen jener Politikbereiche, die „als besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates gelten“ und daher der nationalstaatlichen Regelung vorbehalten sind. Es führt in seinem Urteil zum Lissabon-Vertrag aus: „Das Grundgesetz unternimmt es . . ., nicht nur defensiv soziale Aufgaben für den deutschen Staatsverband gegen überstaatliche Inanspruchnahmen zu sichern, sondern will die europäische Hoheitsgewalt in ihrem - übertragenen - Aufgabenspektrum an die Sozialverantwortung binden.“

26. Das EU-Recht stellt sich den Erwartungen des Grundgesetzes keineswegs entgegen. In Europa gewinnt die Erkenntnis Raum, dass zivilgesellschaftliche Organisationen bei der Mitwirkung an im Allgemeininteresse liegenden Dienstleistungen soziale und / oder kulturelle Beiträge mit besonderen Qualitätsmerkmalen erbringen. Die wichtige Rolle der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und von Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (SDAI) als Instrumente zur Herstellung eines gesellschaftlichen und territorialen Zusammenhalts wird zunehmend anerkannt, z.B. – ausdrücklich – in der Vergaberichtlinie 2014/561/EU, die in ihren Begründungserwägungen auf Art. 14 AEUV und auf das Protokoll Nr. 26 zum EUV und AEUV Bezug nimmt. Das Protokoll Nr. 26 schreibt ein hohes Niveau der DAWI in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Erschwinglichkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte fest. Korrespondierend mit den vorgenannten Bestimmungen verbürgt Art. 36 der Charta der Grundrechte der EU im Kapitel IV („Solidarität“) subjektiv-rechtlich den „Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“. Art. 14 der Europäischen Sozialcharta gewährleistet die wirksame Ausübung des

Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste: Es sollen Dienste geschaffen werden, die „unter Anwendung der Methoden der Sozialarbeit zum Wohlbefinden und zur Entfaltung des einzelnen und der Gruppen innerhalb der Gemeinschaft beitragen“.

27. Das EU-Parlament hat mehrfach betont, dass u.a. in Art. 14 AEUV „der spezifische Charakter der DAWI anerkannt wird“. Nach seinem Willen sollen die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse dafür Sorge tragen, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren der DAWI so gestaltet sind, dass deren Träger ihren Aufgaben nachkommen können. Zugleich erkennt auch die EU-Kommission an, dass „der Markt“ die Erbringung von Leistungen in einer gesamtgesellschaftlich wünschenswerten Qualität nicht - jedenfalls nicht in vollem Umfang – gewährleisten kann. Das Europäische Parlament, dessen Bedeutung als Fürsprecher der Zivilgesellschaft und der gemeinnützigen Rechtsträger zumeist nicht ausreichend gewürdigt wird, befürwortet, „dass im Fall der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse die Vorschriften für Wettbewerb, staatliche Beihilfen und Binnenmarkt mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vereinbar sein müssen und nicht umgekehrt“. Zur Einschätzung des Verhältnisses von Marktliberalismus und europäischem Sozialmodell deutet sich eine Trendwende an.

28. Bislang hatte gerade ein strenges Beihilferegime dem Wettbewerbsrecht zu einem nahezu absoluten Geltungsanspruch verholfen. Noch im Jahre 2009 forderte Ulrich Karpen mit gewissem Recht die Mitgliedstaaten auf, „sich gegen einen ökonomischen Imperialismus aus Brüssel zu schützen“. Allerdings wurde auf der Grundlage des EuGH-Urteils in der Rs. „Altmark Trans“ eine beihilferechtliche Sonderstellung der DAWI anerkannt; auch hierbei hat der Topos des Marktversagens die europäischen Regelwerke inspiriert. Die vom EuGH entwickelten und von der EU-Kommission auf dieser Grundlage „kodifizierten“ Regularien – vom Monti- bis zum Almunia-Paket – sollen der Praxis eine verlässliche Handhabe für die Umsetzung bieten. Ihnen eignet freilich ein überpedantischer Bürokratismus, der z.B. das Kriterium einer grenzüberschreitenden Beeinträchtigung des Handels bis in die jüngste Zeit (s. aber Nr. 32) auf hohem und rigoristisch anmutendem Abstraktionsniveau sehr weit fasste und darüber hinaus auf

kleinliche Kontrollen fixiert war. Die zum Almunia-Paket gehörende De-minimis-VO dient mitnichten – entgegen der Verheißung des namensgebenden römischen Rechtssprichworts – der Verwirklichung einer Augenmaß wahrenden Verwaltungsökonomie und eines „maßvollen Verwaltens“ (Müller-Franken), sondern verlagert(e) den kleinlichen Bürokratieaufwand auf die Mitgliedstaaten, die nach wie vor alle einschlägigen Unterlagen für eine etwaige Prüfung bereithalten müssen. Dem vielfach – auch von deutschen Verfassungsorganen – vorgetragenen Anliegen, die steuerlichen und sonstigen Begünstigungen für gemeinnützige Körperschaften als Ausgleich für die durch das Gemeinnützigkeitsrecht vorgegebenen Restriktionen zu werten und deswegen das beihilferechtliche Tatbestandsmerkmal des „Vorteils“ zu verneinen, hat sich die EU-Kommission bislang verschlossen.

29. Auch wird nicht berücksichtigt, dass die auf den Altmark-Trans-Kriterien beruhenden Regularien des Beihilferechts nicht passgenau auf die gemeinnützigen Vereine / Verbände zugeschnitten sind. Es ist zu bedenken, dass sie wie alle Organisationen des Dritten Sektors nicht vom Staat beauftragt werden; insofern fehlt ein wesentliches „Altmark-Trans-Kriterium“. Wenn der Staat gemeinnützigen Körperschaften mittels steuerlicher Abziehbarkeit von Spenden Vorteile gewährt, ist es kaum möglich, eine Überkompensation präventiv zu verhindern und / oder zu notifizieren.

30. Eine deutliche Entwarnung hat der BFH signalisiert. Er hat entschieden, dass die staatliche Sportförderung eine sog. Altbeihilfe ist. Sie gehört zu den bestehenden Beihilfen, die gemäß Art. 108 Abs. 1 AEUV regelmäßig durchgeführt werden dürfen, solange die Kommission nicht ihre Vertragswidrigkeit festgestellt hat.

31. Bestimmte Maßnahmen der öffentlichen Finanzierung von Sportinfrastruktur sind durch die VO (EU) Nr. 651/2014 (Allgemeine Gruppenfreistellungs-VO – AGVO) freigestellt worden. Die AGVO setzt die Transparenz von Beihilfen und die Begrenzung des Bruttosubventionsäquivalents voraus. Die umfänglichen Überwachungsmaßnahmen werden nunmehr auf die Ebene der Mitgliedstaaten verlagert. Zu den privilegierten Gruppen staatlicher Maßnahmen zählt auch die Finanzierung von Kultureinrichtungen, Denkmalschutzmaßnahmen, sogenannten lokalen Infrastrukturen sowie

von multifunktionalen Sport- und Freizeiteinrichtungen. Allerdings ist die AGVO nicht auf den „normalen“ Sportverein bzw. Sportverband zugeschnitten, sondern auf die Konstellation, dass staatlich geförderte Sportanlagen wie Stadien und Multifunktionsarenen dem Profisport und zugleich dem Breitensport zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden. Die AGVO, die sich mit der staatlichen Kofinanzierung von Sportinfrastruktur befasst, hat nicht primär die Sportstätten im Eigentum und unter der Regie gemeinnütziger Vereine im Blick.

32. Bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Art. 107 Abs. 1 AEUV wird dadurch ausgeschlossen, dass die EU-Kommission die Unternehmereigenschaft des gemeinnützigen Rechtsträgers verneint, soweit er auf dem sog. inneren Markt seinen Mitgliedern gegen die Zahlung von Beiträgen Sportdienstleistungen erbringt. In ihrem Beschluss zu den Kletterhallen des DAV stellt die Kommission fest, dass es sich bei den geprüften Fördermaßnahmen des Landes Berlin „um allgemeine Regeln handelt, die auch von anderen Sportvereinen, von denen viele ausschließlich auf Ortsebene tätig sind, in Anspruch genommen werden können. In diesen Fällen kann keine Beihilfe vorliegen, wenn die Begünstigten keinen gewerblichen Tätigkeiten nachgehen oder es keine Auswirkungen auf Wettbewerb oder Handel gibt.“

33. Ausdrücklich „in Ergänzung der AGVO“ (oben Nr. 29) hat die EU-Kommission in sieben Entscheidungen vom 29.04.2015 die Bedingungen präzisiert, unter denen sich die staatliche Förderung eines „Vorhabens mit rein lokalen Auswirkungen“ nicht auf den Handel innerhalb der EU auswirkt, so dass bereits der Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht erfüllt ist. Dies ist nach Auffassung der Kommission der Fall, wenn der Beihilfeempfänger Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbietet und somit wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht. Bei verhältnismäßig kleinen Veranstaltungsorten kann das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe ausgeschlossen werden, sofern sie nicht von einem professionellen Sportverein genutzt wird und sofern ihr Einzugsgebiet nicht in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates hineinreicht. Ihre Überlegungen hat die Kommission in ihre „Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV (2016)“ übernommen. Dem liegt die zutreffende Einschätzung zugrunde, dass die

Sportvereine zumeist nur einen lokalen Einzugsbereich haben und insofern ein – im Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV vorausgesetzter – grenzüberschreitender Binnenmarktbezug und die Möglichkeit einer „Beeinträchtigung des Handels in der EU“ nicht gegeben sind. Auch dürfte es die Kommission als wenig wahrscheinlich ansehen, dass ausländische Investoren auf einen Markt drängen, in welchem gemeinnützige Träger unterhalb von gewinnträchtigen Ligen „die soziale und pädagogische Funktion des Sports“ (Art. 165 Abs. 2 AEUV) praktizieren und dem Amateur- und Breitensport vereinstypische Angebote machen einschließlich der Organisation von Kinder-, Senioren-Behinderten- und von Mannschaftssport. Die wirtschaftliche Realität ist die, dass gewerbliche Anbieter, u.a. weil sie sich die profitablen Sektoren des Sports aussuchen, diese Leistungen nicht erbringen – insoweit „versagt der Markt“.

34. Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV ist ein inhaltlich der Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO vergleichbares Instrument für eine Abwägung zwischen einem unverfälschten Wettbewerb und der Idee des Zweckbetriebs. Diese Vorschrift ermächtigt die EU-Kommission zu Ermessensentscheidungen, mit denen – bei Erfüllung des Tatbestands der Beihilfe i.S. von Art. 107 Abs. 1 AEUV – die Belange des grenzüberschreitenden Wettbewerbs abgewogen werden mit dem besonderen Status der DAWI/SDAI und den Zielen des Primärrechts, z.B. mit der Förderung des Sports (Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV). Auf dieser Grundlage praktiziert die EU-Kommission der Struktur des deutschen Gemeinnützigkeitsrechts angenäherte Regularien, welche die Erbringung zweckbetrieblicher Leistungen durch selbstlose Akteure in den Mittelpunkt stellen.

35. Die wohl von den meisten Mitgliedstaaten der EU gewährte Sportförderung ist in zahlreichen Entscheidungen der EU-Kommission auf den Prüfstand des europäischen Beihilferechts gestellt worden. In die Ausübung des Ermessens auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV fließt ein Verständnis für „den sensiblen Charakter“ der durch gemeinnützige Träger erbrachten DAWI / SDAI ein, die nach Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV und dem Protokoll Nr. 26 einen Sonderstatus haben. Auch trägt die Kommission dem norminspirierenden Gedanken des Marktversagens Rechnung: Der Markt allein kann die Sportstätten aus

unterschiedlichen Gründen nicht zur Verfügung stellen. Bestimmte Projekte können ohne eine öffentliche Förderung nicht verwirklicht werden. Viele Sportarten sind betriebswirtschaftlich nicht rentabel und für Investoren uninteressant. Für die meisten – nicht medial verwertbaren – Mannschaftsportarten gibt es ohnehin keinen Wettbewerb seitens gewerblicher Anbieter. Hier muss der Staat fördernd eingreifen, um – aus der europäischen Perspektive – die in Art. 165 AEUV vorgegebenen Ziele des Sports für den Breiten- und Amateursport zu erreichen.

36. Die Kommission geht aber wohl noch einen Schritt weiter: Sie erkennt an, dass der Mitgliedstaat mit der Förderung „anerkannte Ziele von politischem Interesse“ verfolgt. Auch spricht sie von einer „Aufgabe des Staates gegenüber der Allgemeinheit und damit (!) als Ziel von gemeinsamem Interesse (!) i.S. des Art. 107 Abs. 3 Buchst c AEUV“. Damit wird bereits terminologisch die herkömmliche Dogmatik zu Art. 14 und 86 Abs. 2 AEUV mit ihren diversen Rechtfertigungsebenen verlassen. Art. 14 AEUV formuliert „ein Unionsstrukturprinzip, das gemeinwohlorientierten Leistungen der Daseinsvorsorge einen ganz eigenständigen Rechtswert zuschreibt“ (M. Kotzur) und zugleich kompetenzrechtlich auf die jedem Staat obliegende Aufgabe verweist, das Allgemeinwohl auf seinem Territorium zu mehren. Den Mitgliedstaaten dürfen zur Mehrung des Gemeinwohls auf ihrem Staatsgebiet vor allem sozialpolitische Akzente setzen. Art. 5 EGV enthält ein abgestuftes System der Kompetenzabgrenzung im Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten. Mit dessen Abs. 1 wird die grundsätzlich gegebene Allzuständigkeit der Mitgliedstaaten anerkannt. Ob die Gemeinschaft sodann von ihrer Handlungsermächtigung Gebrauch machen darf, unterliegt nach Abs. 2 der weiteren Einschränkung nach Maßgabe des Subsidiaritätsprinzips als einer Grundregel der Kompetenzausübung innerhalb der Gemeinschaft. Stellt sich nach dem gem. Abs. 2 anzustellenden Effektivitätsvergleich das Tätigwerden der Gemeinschaft als zulässig dar, so schränkt Art. 5 Abs. 3 EGV den Umfang des Handelns der Gemeinschaft unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit weiter ein.

37. In der Entscheidung zu den Kletterhallen des DAV zieht die Kommission die Summe ihrer Ermessenserwägungen wie folgt. Mit der Förderung durch das Land Berlin sollen der Klettersport, damit

verbundene pädagogische Tätigkeiten und das gesellschaftliche Leben von Amateursportlern jeglichen Alters – von Kleinkindern bis Senioren – in Vereinen, deren Mitglieder sich auf freiwilliger Basis engagieren, gefördert werden. Die DAV-Sektionen sind nicht gewinnorientiert. Sie sind fest in der deutschen Gesellschaft verankert; jeglicher Gewinn wird in den Sport und in Bildungs- und Ausbildungsmaßnahmen investiert. Mit der letzteren Erwägung wird der strukturelle Rahmen der prinzipiellen Gewinnzweckfreiheit des Zweckbetriebs und der Bindung des Vermögens für ideelle Zweck angesprochen. Die Kommission nähert sich damit den tragenden Grundsätzen des Gemeinnützigkeitsrechts an. Es lässt sich eine gedankliche Brücke herstellen zur Rechtsprechung des EuGH zur Steuerbegünstigung der italienischen Kleingenossenschaften. Diese werden in einem besonderen Rechtsrahmen wirtschaftlich tätig. Der EuGH ordnet die charakteristischen Merkmale der Genossenschaften der *économie sociale* zu, wie sie vor allem in den romanischen Ländern typischerweise begünstigt ist.

38. Das EuG hat in seinen Urteilen v. 12.05.2016 zur Sportförderung in Tschechien und v. 09.06.2016 zu den Kletterhallen des Deutschen Alpenvereins auf der Grundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV ergangene Entscheidungen der EU-Kommission bestätigt, dass die Vergabe von staatlichen Mitteln für den Bau bzw. die Unterhaltung / Renovierung von Sportinfrastruktur mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Das EuG hat die „komplexen wirtschaftlichen und sozialen Wertungen“ der Kommission als rechtsfehlerfreie Ausübung des ihr zustehenden Ermessens bestätigt. Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Umsetzung der in Art. 165 Abs. 1 Satz 2 AEUV normierten Ziele von allgemeinem Interesse. Die öffentliche Kofinanzierung von Sportanlagen sei geeignet, einem Marktversagen entgegenzuwirken. Es gehe hier um Leistungen der Daseinsvorsorge i.S. von Art. 106 AEUV, was auch die Gewährung von Betriebsbeihilfen rechtfertige. Die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und auf den Wettbewerb liefen nicht dem gemeinsamen Interesse zuwider, zumal es sich nicht um professionellen oder kommerziellen Sport handle, sondern um Amateursport für die breite Öffentlichkeit, für Schulen und Behinderte. Die geprüften Beihilfen beträfen schwerpunktmäßig ein lokales und regionales Markgeschehen. Auch wenn die Tätigkeit der

gewinnzweckfreien Organisationen bei den kommerziellen Anbietern zu Gewinnverlusten führen könnten, habe die Kommission bedacht, dass letztere dem gemeinsamen Interesse nicht in derselben Weise dienen wie die subventionierten Träger des Sports, die dem breiten Publikum Dienstleistungen zu erschwinglichen Preisen anbieten könnten.

39. Aufgrund einer synoptischen Würdigung der besonderen Rechtsrahmen für gemeinwohldienliche Leistungen unter besonderer Berücksichtigung des Europarechts könnten Grundzüge eines europäischen Gemeinnützigkeitsrechts konturiert werden. Dies würde weit hinausgehen über die wenig zielführenden Ansätze in den Vorschlägen der EU-Kommission für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKKB) v. 03.10.2011 KOM(2011) 121 endgültig/2) und für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Stiftung (FEM COM(2012) 35 final).

Abkürzungen

ABl. EU	Amtsblatt der EU Ausgabe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen
AGVO	VO (EU) Nr. 651/2014 v. 17.06.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV.
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AO	Abgabenordnung
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des BFH
BGHZ	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMF	Bundesminister der Finanzen
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuerzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EStG	Einkommensteuergesetz
EuG	Gericht 1. Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FG	Finanzgericht
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
jurisPR- SteuerR	Juris Praxisreport Steuerrecht
KStG	Körperschaftsteuergesetz
MwStR	Mehrwertsteuerrecht
MwStSystRL	Mehrwertsteuersystemrichtlinie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
npoR	Zeitschrift für das Recht der Non-Profit-Organisationen

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RFH	Reichsfinanzhof
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rpfleger	Der Rechtspfleger
RStBl	Reichssteuerblatt
SDAI	Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse
StuW	Steuer und Wirtschaft
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
UStAE	Verwaltungsregelung zur Anwendung des Umsatzsteuergesetzes - Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE)
VergRModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
VO	Verordnung
ZSteu	Zeitschrift für Steuern und Recht

Europäische Dokumente

[chronologisch geordnet]

BERICHT DER KOMMISSION AN DEN EUROPÄISCHEN RAT im Hinblick auf die Erhaltung der derzeitigen Sportstrukturen und die Wahrung der sozialen Funktion des Sports im Gemeinschaftsrahmen - Helsinki Bericht zum Sport – Brüssel, den 10.12.1999 KOM(1999) 644 endgültig.

COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS
RECOMMENDATION No. R (92) 13 REV OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON THE REVISED EUROPEAN SPORTS CHARTER (adopted by the Committee of Ministers on 24.09.1992 at the 480th meeting of the Ministers' Deputies and revised at their 752nd meeting on 16 May 2001).

Kommission v. 21.11.2001 KOM(2001) 681 endgültig WEISSBUCH DER EUROPÄISCHEN KOMMISSION NEUER SCHWUNG FÜR DIE JUGEND EUROPAS.

Europäisches Parlament Bericht über das Weißbuch Sport (2007/2261(INI)) Ausschuss für Kultur und Bildung Berichterstatter: Manolis Mavrommatis Sitzungsdokument v. 14.04.2008.

Weißbuch EU Sport v. 11.07.2007 KOM(2007) 391 endg.

Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission Folgenabschätzung - Begleitdokument zum Weißbuch Sport“ v. 11.07.2007 SEK(2007) 932.

EU-Leitlinien für körperliche Aktivität:

http://ec.europa.eu/sport/library/documents/c1/euphysical-activity-guidelines-2008_de.pdf. Schlussfolgerungen des französischen Vorsitzes zu Sport und Gesundheit:

http://ec.europa.eu/sport/library/documents/b21/ue08pfue_conclusions_pre

Entschließung des Europäischen Parlaments v. 08.05.2008 zum Weißbuch

Sport (2007/2261(INI)) P6_TA(2008)0198 AB. EU v. 12.11.2009 C 271 E/51.

Studie aus dem Jahr 2010 zum Thema „Freiwilligentätigkeit in der Europäischen Union“, aus denen hervorgeht, dass in der EU in der Freiwilligentätigkeit im Sport ein sehr hohes Maß an Diversität besteht, und in denen schwerpunktmäßig rechtliche Regelungen und Finanzierungsquellen in diesem Bereich behandelt werden.

Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag („non-papier“), Konsultationspapier der E-Kommission v. 15.05.2009
http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_de,
hierzu Stellungnahme der Bundesregierung v. 10.06.2009,
https://www.google.de/?gws_rd=ssl#q=%E2%80%9EStellungnahme+der+Bundesregierung+der+B+Papier+v.+nach+Artikel+87+Absatz+3+EG-Vertrag%22

Schlussfolgerungen des Rates vom 18.11.2010 zur Rolle des Sports als Grundlage und Antrieb für aktive soziale Eingliederung ABl. C 326 vom 03.12.2010, S. 5.

Erklärung des Europäischen Parlaments vom 16.12.2010 über eine stärkere Unterstützung des Breitensports durch die Europäische Union (2012/C 169 E/19) P7_TA(2010)0498.

WHO, Promoting sport and enhancing health in European Union countries: a policy content analysis to support action, 2011.

Arbeitsplan der Europäischen Union für den Sport (2011-2014) v. 20.05.2011 ABl. C 162 vom 1.6.2011, S. 1.

Mitteilung der Kommission zur Entwicklung der europäischen Dimension des Sports KOM(2011) 12 endg. KOM(2011) 12 endg. v. 18.01.2011.

Stellungnahme v.26./27.10.2011 des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu der „Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“ 2012/C 24/23 ABl. EU v. 28.01.2012 C 24/106.

Mitteilung der Kommission „Entwicklung der europäischen Dimension

des Sports“ vom 18.01.2011 Dok. 5597/11 — KOM(2011) 12 endg.

Mitteilung der Kommission zur EU-Politik und Freiwilligentätigkeit: Anerkennung und Förderung grenzüberschreitender Freiwilligenaktivitäten in der EU v. 20.09.2011 KOM(2011) 568 endg.

Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 20.05.2011 zu einem Arbeitsplan der Europäischen Union für den Sport (2011-2014) ABl. EU C 162 vom 01.06.2011.

Schlussfolgerungen des Rates zur Bedeutung der Freiwilligentätigkeit im Sport für die Förderung der aktiven Bürgerschaft (2011/C 372/06) ABl. EU v. 20.12.2011 C 372/24.

Sachverständigenkonferenz vom 13./14.09.2011 in Warschau, Polen, zum Thema „Von der Freiwilligentätigkeit zur Führungstätigkeit im Sport“.

Entschließung des Europäischen Parlaments v. 15.11.2011 zur Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2011/2146(INI)) (2013/C 153 E/07) ABl. EU v. 21.05.2013 C 153 E/51 P7_TA-PROV(2011)0494.

BESCHLUSS DER KOMMISSION v. 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, (2012/21/EU), ABl. EU v. 11.01.2012 L 7/3.

Mitteilung der Kommission v. 20.12.2011 KOM(2011) 900 endg. Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa.

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse v. 11.01.2012, [S. 4](#).

Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 27. November 2012 zur Unterstützung gesundheitsfördernder körperlicher Aktivität (2012/C

393/07) ABl. EU v. 19.12.2012 C 393/22.

Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 27. November 2012 zur Stärkung der Faktengrundlage für die Politikgestaltung im Bereich des Sports (2012/C 393/06).

Entschließung des Europäischen Parlaments v. 02.02.2012 zu der europäischen Dimension des Sports (2011/2087(INI)) (2013/C 239 E/09) P7_TA(2012)0025.

EU-Kommission / UEFA, Déclaration commune du Vice-Président Joaquín Almunia et du Président Michel Platini
http://de.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/European-Union/01/77/23/27/1772327_DOWNLOAD.pdf.

Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.12.2013 zur Freiwilligentätigkeit und ehrenamtlichen Tätigkeit in Europa (2013/2064(INI)) P7_TA-PROV(2013)0549.

EU-Leitlinien zu dualen Laufbahnen von Sportlerinnen und Sportlern – Empfohlene politische Maßnahmen zur Förderung dualer Laufbahnen im Leistungssport, gebilligt von der EU-Expertengruppe „Allgemeine und berufliche Bildung im Sport“ im Rahmen ihrer Sitzung in Poznan vom 28.09.2012.

Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“ (2012/C 24/23) ABl. EU v. 28.01.2012 C 24/106.

VO (EU) Nr. 1407/2013 v. 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen.

Bericht der Kommission v. 24.01.2014 über die Durchführung des Arbeitsplans der Europäischen Union für den Sport 2011-2014 COM(2014) 22 final.

Schlussfolgerungen des Rates betreffend den Beitrag des Sports zur Wirtschaft der EU, insbesondere zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit und zur Förderung der sozialen Inklusion v. 04.02.2014 2014/C 32/03 ABl. C 032 vom 04.02.2014, [S. 2-5](#).

Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Sport, Behinderung, Freizeit“ v. 29.11. 2013 (2014/C 114/06) ABl. EU v. 15.04.2014 C 114/27.

VO (EU) Nr. 651/2014 der Kommission v. 17.06.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten zum Sport als Triebfeder für Innovation und Wirtschaftswachstum v. 05.12.2014 (2014/C 436/02), ABl. EU C 436/2.

EU-Parlament EPRS European Parliamentary Research Service, Sportpolitik der EU, Sept. 2015, <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/565908/EPRS>

EU-Kommission v. 08.03.2016 COM(2016) 127 final Annex 1: Erster vorläufiger Entwurf einer europäischen Säule sozialer Rechte – im Anhang der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialrat und den Ausschuss der Regionen: Einleitung einer Konsultation über eine europäische Säule sozialer Rechte SWD(2016) 50 final, SWD(2016) 51 final

Ausschuss der Regionen, Entwurf einer Stellungnahme – Fachkommission für Wirtschaftspolitik: Staatliche Beihilfen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ECON-VI/013 v. 21.06.2016

Mitteilung der Kommission – Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, 2016 (bei Drucklegung noch nicht datiert und nummeriert)

Literatur

- Arbeitgeberverband deutscher Fitness- und Gesundheitsanlagen
Bauer, Martin
Beuthien, Volker
Brandi, Heiner
Breuer, Christoph / Mutter, Felix
Büch / Maenning / Schulke (Hrsg.)
Christoph Breuer / Pamela Wicker / Johannes Orlowski
Burmeister, Joachim (Hrsg.)
Callies/Ruffert
Deutscher Bundestag (Hrsg.)
- Leitfaden im Umgang mit Vereins-Fitness-Studios, o.J.
Kultur und Sport im Bundesverfassungsrecht, 1999.
Wie ideell muss ein Idealverein sein? – Zu Sinn und Grenzen des Nebenzweckprivilegs, NZG 2015, 449.
Soziale Teilhabe und Sport - zur Umsetzung des Kinderbildungspakets in Sportvereinen, ArchSozArb 2011, Nr. 1, 58.
Zum Wert des Sports aus ökonomischer Perspektive, Okt. 2013, Deutsche Sporthochschule Köln, Institut für Sportökonomie und Sportmanagement.
Sportfinanzierung – Spannungen zwischen Markt und Staat, 2009.
Zum Wert des Sports-Eine ökonomische Betrachtung, 2014.
Sport im kommunalen Wirkungskreis, 1988.
EUV/AEUV, Kommentar, 2011.
Bericht der Enquete-Kommission

„Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ – Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, BT-Drucks. 14/8900.

- Deutscher Fußball-Bund e.V. (DFB)* Europäische Sportpolitik - Themenüberblick zu aktuellen sportpolitischen Fragestellungen in der EU, 6. Auflage 2013.
- Deutscher Sportbund* Sport in Deutschland, 2003.
- Deutscher Olympischer Sportbund* Sportförderung in der EU-Ein praktischer Leitfaden, 2009.
- Deutscher Olympischer Sportbund* Sport bewegt!, 2012.
- Dreher, Christian* Staatsziele im Bundesstaat am Beispiel des Sports, 2005.
- Droege, Michael* Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010.
- Droege, Michael* Gemeinnützigkeitsrecht im Wettbewerb - Determinanten der Gemeinwohlförderung im offenen Steuerstaat, Non Profit Law Yearbook 2010/2011, 9.
- Eichel, Benjamin* Der Sport im Recht der Europäischen Union, Dissertation 2013.
- Eichenhofer, Eberhard* Sozialpolitik im Lissabonner Vertrag, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 2011, 125.
- Fischer, Peter* Gemeinnutz und Eigennutz am Beispiel der steuerlichen Sportförderung, Festschrift für Offerhaus, 1999, S. 597.
- Fischer, Peter* Gegenwartsnahe und selbstlose

	Förderung der Allgemeinheit am Beispiel der Investitionsrücklage eines Familien-Segelsportclubs in Gründung, FR 2004, 147.
<i>Fischer, Peter</i>	Steuervergünstigungen für Genossenschaften als staatliche Beihilfe („Paint Graphos u.a.“), jurisPR-SteuerR 47/2011 Anm. 1.
<i>Fischer, Peter</i>	Marktliberalismus versus Europäisches Sozialmodell – Sozialdienstleistungen gemeinnütziger Rechtsträger und das EU-Beihilferecht, FR 2009, 929.
<i>Fischer, Peter</i>	Staatliche Beihilfen für Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins, NPOR 2013, 58.
<i>Fischer, Peter</i>	Das Almunia-Paket – Keine Neuerungen für den Dritten Sektor beim EU-Beihilferecht, Stiftung & Sponsoring 2013, S. 32 ff.
<i>Geulen, Reiner</i>	Die Vereinbarkeit des deutschen Sportförderungsrechts mit dem Wettbewerbsrecht der EU, NVwZ 2012, 1517.
<i>Geulen, Reiner / Mauer, Norbert</i>	Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der staatlichen Förderung von Amateursportvereinen, Sport und Recht 2013, 178.
<i>Gilberg, Anika</i>	Die Förderung gemeinnütziger Körperschaften durch öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen, 2011.
<i>Gosch, Dietmar</i>	Gutes tun und Steuern sparen – Steuerliches Gemeinnützigkeitsrecht

im „freien Markt“, in: Festschrift für W. Haarmann, 2015, S. 515 ff.

Haring, Merten

Sportförderung in Deutschland – eine vergleichende Analyse der Bundesländer, 2010.

Helios, Marcus

Steuerliche Gemeinnützigkeit und EG-Beihilferecht, 2005.

Häberle, Peter

„Sport“ als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen, in: Festschrift für Thieme, 1993, S. 25ff

Hemmerich, Hannelore

Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen, Diss. Heidelberg 1982.

Hennig, Evelyn

Sport und Gemeinnützigkeit, 2005.

Hix, Philip Martin John

Probleme der Normierung einer Sportklausel im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union, Diss. 2013.

Hüttemann, Rainer

Steuervergünstigungen wegen Gemeinnützigkeit und europäisches Beihilfeverbot, DB 2006, 914 ff.

Hüttemann, Rainer / Schauhoff, Stephan

Umsatzsteuerbefreiung für soziale Dienstleistungen - was erlaubt das europäische Mehrwertsteuerrecht?, MwStR 2013, 426.

Jachmann, Monika

Gemeinnütziger Sport versus subventionierte Freizeitbeschäftigung, Gedächtnisschrift für Christoph

- Trzaskalik, 2005, 31.
- Jachmann, Monika/Steiner, Axel* Sport und Steuern, in: Festschrift für Udo Steiner, 2009, S. 362 ff.
- Jachmann, Monika* Zivilgesellschaft und Steuern, Festschrift für Joachim Lang, 2010, S. 295 ff.
- Jachmann, Monika* in: Igl (Hrsg.) Rechtliche Rahmenbedingungen des bürgerschaftlichen Engagements
- Jachmann, Monika* Die Rechtfertigung der steuerlichen Förderung des Sports, Non Profit Law Yearbook 2008, 11-19.
- Jeck, Thimo / Langner, Benedikt* Die Europäische Dimension des Sports, März 2010, Centrum für Europäische Politik (CEP).
- Karpen, Ulrich* Die Funktion der Gemeinnützigkeit im Sozialstaat Deutschland - Insbesondere zur Aufgabe der Kirchen, Non Profit Law Yearbook 2009, S. 47.
- Klose, Martin* Die Rolle des Sports bei der europäischen Einigung, 1989.
- Knauff, Matthias* Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 725.
- Koenig, Christian / Kühling, Jürgen* EG-Beihilferecht, private Sportunternehmen und öffentliche Förderung von Sportinfrastrukturen - Wie lange lässt die Brüsseler Löwin die Antilopen noch in Ruhe grasen?, Sport und Recht 2002, 53.
- Koenig, Christian / Scholz, Michael* Öffentliche Infrastrukturförderung durch Bau- und

- Betriebsgesellschaften im EG-beihilferechtlichen Kontrollraster der EG-Kommission, EuZW 2003, 133.
- Kotzur, Markus* Daseinsvorsorge als Unionsaufgabe – Überlegungen zur sozialen Integration in Europa, JöR Bd. 61 (2013), S. 195 ff.
- Körber-Stiftung* Wie finanzieren sich zivilgesellschaftliche Organisationen in Deutschland? Eine Sonderauswertung des ZiviZ-Surveys. Kurzfassung, Jan. 2015
- Krimmer, Holger / Priemer, Jana* ZiviZ-Survey 2012 – Zivilgesellschaft verstehen, 2013
- Kreutz, Marcus* Soziale Dienstleistungen durch gemeinnützige Einrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege, 2010.
- Kreuzer, Wolfgang* Die öffentliche Förderung von Fußballstadien - Eine Untersuchung im Lichte des EU-Beihilferechts, 2011.
- Kreuzer, Wolfgang* Verunsicherungen bei Stadionprojekten im Zuge des europäischen Beihilferechts, *causa sport* 2/2010 S. 1 ff.
- Krogmann, Mario* Grundrechte im Sport, Beiträge zum Sportrecht Bd. 2, 1997.
- Langer, Matthias* Öffentliche Förderung des Sports: Zur Frage der Notwendigkeit und der Ausgestaltung aus ökonomischer Sicht, in *Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften / Review of Economics* Bd. 57, H. 2 (2006), S. 212-245.

Land Hessen / Hessischer Städtetag / Handbuch Europäisches
Hessischer Landkreistag / Hessischer Beihilferecht für Kommunen und
Städte- und Gemeindebuch / KPMG kommunale Unternehmen, Juli 2015

Langer, Mathias

Subjektförderung – eine Alternative zum Status Quo der öffentlichen Finanzierung von Sportangeboten, Sport und Gesellschaft – Sport and Society, Jahrgang 4 (2007), Heft 1, S. 54-78.

Landessportbund Nordrhein-Westfalen (Hrsg.)

Der Sportverein als Betreiber eines Fitnessstudios – Beachtung vereins- und steuerrechtlicher Vorgaben, Nov. 2014.

Lehmann, Matthias

Die Genossenschaft: Eine interdisziplinäre und rechtsvergleichende Analyse, in: Brockmeier / Kluth (Hrsg.), 100 Jahre Genossenschafts- und Kooperationsforschung Halle, 2013, S. 161 ff.

Leisner-Egensperger, Anna

Verfassungsrecht der steuerlichen Gemeinnützigkeit, in Festschrift für Isensee, 2007, S. 895 ff.

Leuschner, Lars

Ist der ADAC zu Recht ein eingetragener Verein? ZIP 2015, 366.

Leuscher, Lars

Zwischen Gläubigerschutz und Corporate Governance: Reformperspektiven des Vereinsrechts, npoR 2016, 99.

Merten, Haring

Sportförderung in Deutschland – eine vergleichende Analyse der Bundesländer, 2010.

- Mittag, Jürgen* Sportpolitik in: Jahrbuch der Europäischen Integration, 2013, S. 217 ff.
- Mittler, Gernot* Die steuerliche Förderung des Sports aus politischer Sicht, in Büch / Maenning / Schulke (Hrsg.), Sportfinanzierung – Spannungen zwischen Markt und Staat, 2009, S. 99.
- Momberger, Benjamin* Social Enterpreneuership - im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Gemeinnützigkeitsrecht, 2015.
- Müller, Thomas* Wettbewerb und Unionsverfassung, 2013.
- Müller-Franken, Sebastian* Staatliche Religionsförderung und Europarecht, in Pulte / Hense (Hrsg.), Grund und Grenzen staatlicher Religionsförderung, 2014, S. 185 ff.
- Nolte, Martin* Staatliche Verantwortung im Bereich Sport, 2004.
- Nentwig, Saskia* Kulturelle Daseinsvorsorge in Europa, Diss. 2008.
- Otter, Jan Philipp / Glanovits, Georg* Sportfinanzierung im Visier der EU-Beihilfekontrolle, Causa Sport 2013, 277.
- Persch, Sven* Sportförderung in Europa: Der neue Art. 165 AEUV, NJW 2010, 1917.
- Pitchas, Rainer* Europäisches Sozial- und Gesundheitsrecht „nach Lissabon“, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2010, 177.

- Priemer, Jana / Labigne, Anaël / Krimmer, Holger* ZiviZ-Finanzierungsstudie 2015, 2016
- Püttner, Günter* Kommunale Daseinsvorsorge, in: Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. 6, § 144 Kommunale Selbstverwaltung
- Rang, Hans-Jürgen / Baldauf, Uwe* Besteuerung kommunaler Sportstätten und Schwimmbäder sowie vergleichbarer Einrichtungen - Umsatzsteuerrechtliche Betrachtung, DStZ 2014, 68.
- Reuter, Dieter* Das Verhältnis der Vereinsklassenabgrenzung zu den Grenzen wirtschaftlicher Betätigung nach Gemeinnützigkeitsrecht, NZG 2008, 881.
- Rinken, Alfred / Kellmer, Oliver* Kommunale Krankenhäuser als Instrumente sozialstaatlich-kommunaler Daseinsvorsorge im europäischen Verfassungsverbund, Verw. 39 (2006), S. 1 ff.
- Schlüter, Bernd* Die Überformung der Sozialsysteme und der Gemeinnützigkeit durch europäisches Wirtschaftsrecht hat klare Grenzen - Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 - 2 BvE 2/08 (Lissabon-Urteil), npoR 2010, 33 ff., 74 f.
- Schneider, Karl-Heinz* Die Verankerung des Sports im Gemeinschaftsrecht, Sport und Recht 4/2002 S. 137 ff.
- Schulze, Götz* Die Stellung des Sports in der Verfassung Brandenburgs, 20 Jahre Landesverfassung Festschrift des

	Landtages Brandenburg, 2012, S. 71 ff.
<i>Schulze / Marker (Hrsg.)</i>	Gesellschaftlicher Wandel und Sportentwicklung, 2011.
<i>Sieker, Susanne</i>	Kooperation als Genossenschaft oder in anderer gesellschaftsrechtlicher Rechtsform, in: Brockmeier / Kluth (Hrsg.), 100 Jahre Genossenschafts- und Kooperationsforschung Halle, 2013, S. 111 ff.
<i>Spengler, Norman / Priemer, Jana</i>	Daten zur Zivilgesellschaft. Eine Bestandsaufnahme, Stand März 2001.
<i>Steiner, Udo</i>	Verfassungsfragen des Sports, NJW 1991, 2729.
<i>Steiner, Udo</i>	Die Autonomie des Sports, 2003.
<i>Steiner, Udo</i>	Der Sport als Gegenstand des Verfassungsrechts, Sport und Recht 2008, 222.
<i>Steiner, Udo</i>	Die Bedeutung des Sports im Staat des Grundgesetzes, Non Profit Law Yearbook, 2008, 1 ff.
<i>Steiner, Udo</i>	Von den Grundrechten im Sport zur Staatszielbestimmung „Sportförderung“, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 509 ff.
<i>Steiner, Udo</i>	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland 2013, § 87 Sport und Freizeit.
<i>Steiner, Udo</i>	Was des Staates ist und was des Sports, Sport und Recht 2009, 222.
<i>Steiner, Udo</i>	Staatsziel Sportförderung ins

- Grundgesetz?, Sport und Recht 2012, 238.
- Steiner, Udo* Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Sport in Deutschland, in Festschrift für Volker Röhricht, 2005, S. 1225 ff.
- Stern, Klaus* Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Grundfragen zur Aufnahme des Sports in die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, in: Festschrift für Geiß, S. 269 ff.
- Tokarski, W., Petry, K., Groll, M. & Mittag, J. (Hrsg.)* A perfect Match? Sport and the European Union, 2009.
- Tettinger, Peter J. (Hrsg.)* Subventionierung des Sports, 1987.
- Tettinger, Peter J.* Sport und Kommunen in Deutschland, NWVBl. 2004, 125
- Tettinger, Peter J.* Sport als Verfassungsthema - Die Rolle des Sports im deutschen Verfassungsrecht und innerhalb der gemeinsamen Werte der Europäischen Union, JZ 2000, S. 1069.
- Thom, Volker* Sportförderung und Sportförderungsrecht als Staatsaufgabe, 1992.
- Thöni, Erich / Barth, Michael* Öffentliche Förderung von Sportgroßveranstaltungen: Pros und Cons aus sozioökonomischer Sicht, in: Büch / Männig / Schulke (Hrsg.), Sport und Sportgroßveranstaltungen in Europa – zwischen Zentralstaat und Regionen, 2012, S. 173 ff.

Unabhängigen Sachverständigenkommission	Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, Schriftenreihe des BMF, Heft 40, 1988.
<i>Voigt, Friedmar</i>	Kommunale Sportsubventionen in Deutschland - Bundesweite Quer- und Längsschnittstudien zur Umsetzung des neuen Steuerungsmodells in den kommunalen Sportverwaltungen, 2006.
<i>Wäger, Christoph</i>	Sportvereine in der Umsatzsteuer: Steuerbare, steuerfreie und steuerermäßigte Umsätze, DStR 2014, 1517.
<i>Walz, W. Rainer</i>	Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006.
<i>Weiß, Wolfgang</i>	Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen - Europarechtliche Perspektiven, EuR 2013, 669.
<i>Weitemeyer, Birgit</i>	Innovative Formen der Philanthropie - Ein Problemaufriss zu den Grenzen des geltenden Gemeinnützigkeits- und Zivilrechts, Non Profit Law Yearbook 2011/2012, 91.
<i>Werner, Jens</i>	Gelbe Karte durch die EU- Kommission: Der Profi-Fußball im Visier des EU-Beihilferechts, Sport und Recht 2013, 181.
Wissenschaftlicher Beirat beim BMF	Gutachten „Die abgabenrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Zwecke auf dem Prüfstand“ August

2006.

Wittig, Oliver

Die neue AGVO und
Infrastrukturfinanzierung am
Beispiel von Sportstadien, EuZW
2015, 53 ff.

Wolff, Reinmar

Ein passendes Rechtskleid für
kleinkooperative Vereinigungen? -
Zum Referentenentwurf eines
Gesetzes zur Einführung der
Kooperationsgesellschaft und zum
weiteren Bürokratieabbau bei
Genossenschaften, Non Profit Law
Yearbook 2013/2014, 19.

Über den Autor

Professor Dr. Peter Fischer

Nach seinem Studium in Saarbrücken, Berlin, Paris und Bonn war Prof. Dr. Fischer von 1967 bis 1970 wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht (Prof. Dr. Arwed Blomeyer) der Freien Universität Berlin. Von 1971 bis 1975 arbeitete er in der Finanzverwaltung des Landes NRW. 1975 wechselte er als Richter zum Finanzgericht Düsseldorf; 1986 wurde er Vorsitzender Richter am Finanzgericht Köln.

1987 wurde er als Richter zum Bundesfinanzhof berufen. Von 1990 bis 2004 war er Mitglied des zunächst für Umsatzsteuer, ab 1991 insbesondere für Einkommensteuer und Gewerbesteuer von Einzelgewerbetreibenden zuständigen X. Senats und Mitglied des Großen Senats. Von 2001 bis zu seinem gesetzlichen Ruhestand im Jahr 2007 war Prof. Dr. Fischer Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof. Seit 2008 ist er als Rechtsanwalt tätig (BKL Fischer Kühne Lang, Bonn / München). Er ist Mitautor von Standardkommentaren u.a. zum Einkommensteuer- und Gemeinnützigkeitsrecht sowie Autor zahlreicher Aufsätze zur Verknüpfung von Steuerrecht mit Verfassungs- und Europarecht und mit der juristischen Methodenlehre. Er ist Mitherausgeber des JURIS-Praxis-Reports.

Seit dem Wintersemester 1995/96 ist Prof. Dr. Fischer als Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld tätig; im Jahr 2000 wurde er zum Honorarprofessor ernannt.

Fußnote

- ¹ 13. Sportbericht der Bundesregierung v. 05.12.2014, BT-Drucks. 18/3523, S. 13 f.
- ² http://www.dosb.de/de/sportentwicklung/sportentwicklungs-news/detail/news/sport_fuer_staat_hochprofitables_investment/.
- ³ Breuer / Mutter, Zum Wert des Sports aus ökonomischer Perspektive (Köln, Oktober 2013), abrufbar unter http://www.dosb.de/fileadmin/fm-dosb/downloads/News-Downloads/Wert_des_Sports_Langfassung_Finale_Version.pdf.
- ⁴ Vgl. Generali Engagementatlas 2015, <https://zukunftsfonds.generali-deutschland.de/>.
- ⁵ Breuer, Christoph / Mutter, Felix (Fn. 3).
- ⁶ Weißbuch Sport, KOM(2007) 391, S. 11 ff. Die Kommission vermerkt: „Laut einer Studie während des österreichischen Ratsvorsitzes 2006 erwirtschaftete der Sport im weiteren Sinne einen Mehrwert von 407 Mrd. EUR im Jahr 2004, d.h. 3,7 % des BIP der EU, und beschäftigte 15 Millionen Menschen oder 5,4 % der Erwerbsbevölkerung. . . . Andererseits finden trotz der wirtschaftlichen Bedeutung des Sports die große Mehrzahl sportlicher Aktivitäten innerhalb gemeinnütziger Strukturen statt, von denen viele auf öffentliche Unterstützung angewiesen sind, um allen Bürgern Zugang zum Sport zu ermöglichen.“ S. auch das Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission – Folgenabschätzung, Begleitdokument zum Weißbuch Sport v. 11.07.2007, SEK(2007) 932.
- ⁷ Schlussfolgerungen des Rates betreffend den Beitrag des Sports zur Wirtschaft der EU, insbesondere zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit und zur Förderung der sozialen Inklusion v. 04.02.2014 ABl. EU C 032 vom 04.02.2014, S. 2-5
- ⁸ Studie zum Beitrag des Sports zu Wirtschaftswachstum und Beschäftigung in der EU, von der Europäischen Kommission in Auftrag gegeben; Konsortium unter Führung von SportsEconAustria; Abschlussbericht, November 2012. Study on the Contribution of Sport to Economic Growth and Employment in the EU, Final Report Nov. 2011, <http://ec.europa.eu/sport/library/studies/study-contribution-sports-economic-growth-final-rpt.pdf>. S. auch Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Mitgliedstaaten zum Sport als Triebfeder für Innovation und Wirtschaftswachstum v. 05.12.2014 (2014/C 436/02), ABl. EU C 436/2.
- ⁹ ABl EU v. 05.12.2014 C 436/2.

- ¹⁰ Beschluss des Deutschen Bundestages auf Empfehlung des Sportausschusses v. 02.07.2009 BT-Drs. 16/13058, auf Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD v. 03.12.2008 BT-Drucks. 16/11217 – Gesellschaftliche Bedeutung des Sports; BT-PlPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PlPr 16/230, S. 25639D – 25658C.
- ¹¹ Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zu einem Arbeitsplan der Europäischen Union für den Sport (2011-2014) (2011/C 162/01) ABl. EU v. 01.06.2011 C 162/1.
http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/educ/142704.p
- ¹² S. auch Christoph Breuer / Pamela Wicker / Johannes Orlowski, Zum Wert des Sports-Eine ökonomische Betrachtung, 2014.
- ¹³ S. hierzu Markus Kotzur, Daseinsvorsorge als Unionsaufgabe, JöR Bd. 61 (2013), S. 195 ff., 207.
- ¹⁴ Grundlegend Anne Bußmann, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 16, 86 Abs. 2 EG und Art. 36 Grundrechtecharta unter Berücksichtigung des Vertrags von Lissabon, 2009. Markus Kotzur (Fn. 13), S. 195 ff., 205: „Art. 14 AEUV formuliert . . . ein Unionsstrukturprinzip, das gemeinwohlorientierten Leistungen der Daseinsvorsorge einen ganz eigenständigen Rechtswert zuschreibt und deshalb als Maxime bei der Durchführung aller Unionspolitiken, als Auslegungskriterium bei der Interpretation des Unionsrechts aller Sachbereiche zu berücksichtigen ist.“ Unter Bezugnahme auf Matthias Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 725.
- ¹⁵ Jarras, Der Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in Festschrift für H.J. Papier, 2013, S. 321 ff.
- ¹⁶ Hierauf verengend Gosch, Gutes tun und Steuern sparen – Steuerliches Gemeinnützigkeitsrecht im „freien Markt“, in: Festschrift für W. Haarmann, 2015, S. 515 ff., 535: „Natürlich gibt es Konstellationen, wo der privatwirtschaftliche Ansatz versagt und wo das Sozialstaatsgebot zum Schutz des Schwächeren staatliche Hilfe einfordert. Hier mag man Grenzen setzen. Ansonsten aber sei einmal mehr und folgerichtig Paul Kirchhof zitiert: „Wo die Erwerbswirtschaft Privater Gemeinwohlzwecke bereits ausreichend verwirklicht ist, ist kein Platz für staatliche Eingriffe“.
- ¹⁷ EU-Kommission, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2014 v. 04.06.2015, COM(2015) 247 final.
- ¹⁸ Der neue Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen umfasst die Breitbandleitlinien von 2013, mit denen die Beihilfevorschriften für den Breitbandsektor an die Ziele der Digitalen Agenda angepasst wurden, und die 2014 verabschiedete Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO), die auch für bestimmte Beihilfen für Breitbandinfrastrukturen gilt.
- ¹⁹ Frenz, Erneuerbare Energien in den neuen EU-Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien, Zeitschrift für Neues Energierecht, 2014, 345.

- ²⁰ Mitteilung der EU-Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03); Linke, Die Leitlinien der Kommission zu staatlichen Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, NVwZ 2014, 1541.
- ²¹ A.a.O. (Fn. 20), Rn. 8.
- ²² A.a.O. (Fn. 17), S. 14.
- ²³ EU-Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, 2014/C 200/01 ABl. EU v. 28.6.2014 C 200/1, 3.2.2.1. Allgemeine Voraussetzungen. S. hierzu Bigot / Kirst, Neue Vorgaben für Umweltschutz- und Energiebeihilfen – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (UEBLL), ZUR 2015, 73. Die Fördertatbestände der UEBLL decken sich im Wesentlichen mit den Freistellungstatbeständen der AGVO (VO 651/2014/EU; hierzu unten Kap. G. IX.).
- ²⁴ ABl. EU v. 18.05.2014 L 131/1.
- ²⁵ EU-Kommission, Staatliche Beihilfe — Spanien, Staatliche Beihilfe SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) — Staatliche Beihilfe zugunsten bestimmter spanischer Berufssport-Vereine; Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV.
- ²⁶ Ulrich Karpen, Die Funktion der Gemeinnützigkeit im Sozialstaat Deutschland - Insbesondere zur Aufgabe der Kirchen, Non Profit Law Yearbook 2009, 47, 49.
- ²⁷ Hüttemann, Steuervergünstigungen wegen Gemeinnützigkeit und europäisches Beihilfeverbot, DB 2006, 914 ff.
- ²⁸ IFO-Institut Projektnummer 04/04 Gutachten im Auftrag BMF S. 6.
http://www.cesifogroup.de/de/ifoHome/research/Projects/Archive/Projects_OES/20
- ²⁹ S. zum Sektor „Freie Wohlfahrtspflege“ Bericht der Enquete-Kommission v. 03.06.2002 „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, BT-Drucks. 14/8900, S. 279.
- ³⁰ Zur Typologie der Gemeinwohlaufgaben Seer, DStJG Bd. 26 (2003), S. 19 ff. Zur Erfüllung konkurrierender Gemeinwohlaufgaben sind Staat und Gesellschaft gleichermaßen berufen. Demgegenüber sind es bei den pluralistischen Gemeinwohlaufgaben allein die Bürger, die in eigener Verantwortung das Gemeinwohl mehren, weil der Staat hierzu keine Mittel hat oder ihm eine direkte Förderung aus Gründen der Neutralität gegenüber der Grundrechtswahrnehmung seiner Bürger untersagt ist. S. auch Isensee/Knobbe-Keuk, Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, BFM-Schriftenreihe Bd. 40, 1988, S. 351 ff.
- ³¹ E.-W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in Böckenförde, Staat – Gesellschaft – Freiheit, Frankfurt/M. 1976, S. 42, 60.
- ³² Karpen, Die Funktion der Gemeinnützigkeit im Sozialstaat Deutschland - Insbesondere zur Aufgabe der Kirchen, Non Profit Law Yearbook 2009, 47, 49 ff.

- 33 EuGH v. 21.03.2002 - C-174/00, EuGHE I 2002, 3293, Rn 21 „Kennemer Golf & Country Club“: „Eine Einrichtung kann als solche „ohne Gewinnstreben“ qualifiziert werden, auch wenn sie systematisch danach strebt, Überschüsse zu erwirtschaften, solange diese nicht als Gewinn an ihre Mitglieder ausgeschüttet werden, sondern für die Durchführung ihrer Leistungen verwendet werden. Der erste Teil der . . . fakultativen Bedingung, wonach die betreffenden Einrichtungen keine systematische Gewinnerzielung anstreben dürfen, ist in der gleichen Weise auszulegen.“
- 34 S. auch Droege, Gemeinnützigkeit im Wettbewerb – Determinanten der Gemeinwohlförderung im offenen Steuerstaat, Non Profit Law Year Book 2010/2011, S. 9 ff.:
- 35 Beschluss des Deutschen Bundestages auf Empfehlung des Sportausschusses v. 02.07.2009 BT-Drs. 16/13058, auf Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD v. 03.12.2008 BT-Drucks. 16/11217 -Gesellschaftliche Bedeutung des Sports; BT-PIPr 16/193, S. 20777C - 20791B; BT-PIPr 16/230, S. 25639D - 25658C.
- 36 S. nur Werner, Jens, Gelbe Karte durch die EU-Kommission: Der Profi-Fußball im Visier des EU-Beihilferechts, Sport und Recht 2013, 181; Otter, Jan Philipp, Sportfinanzierung im Visier der EU-Beihilfekontrolle, Causa Sport 2013, 277.
- 37 M. Schröder in Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilferecht, 2013, 3. Teil Art. 107 Abs. 3 AEUV (Kultur- und Sportbeihilfen), Rn. 2107; Commission Staff Working Document - The EU and Sport: Background and Context - Accompanying document to the White Paper on Sport {COM(2007) 391 final} {SEC(2007)932} {SEC(2007)934} {SEC(2007)936} S. 28.
- 38 VO (EU) Nr. 651/2014 v. 17.06.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV, ABl. EU v. 26.06.2014 – L 187/1.
- 39 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_de.htm.
- 40 Altmark-Trans-Bericht der Bundesregierung, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/de_de.pdf, dort auch zu gemeinnützigen Familienferienstätten; die Bewertung der Steuervorteile aus Gemeinnützigkeit als beihilferechtliche Vorteile ist „nicht sachgerecht“.
- 41 Beschluss v. 27.05.2011 (BR-Drucks. 177/1 Rn. 24): „Zumindest in Deutschland sind die Regelungen über die Gemeinnützigkeit Teil des allgemeinen und für alle Unternehmen geltenden Steuersystems. Eine Bevorzugung von bestimmten Unternehmen liegt damit nicht vor. Es handelt sich um allgemeine steuerrechtliche Vorschriften und nicht um Beihilferegelungen.“
- 42 Artikel 14 – Das Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste (revidierte Fassung): „Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Inanspruchnahme sozialer Dienste zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:
1. Dienste zu fördern oder zu schaffen, die unter Anwendung der Methoden der Sozialarbeit zum Wohlbefinden und zur Entfaltung des einzelnen und der

Gruppen innerhalb der Gemeinschaft sowie zu ihrer Anpassung an die soziale Umgebung beitragen, . . .“

2. bei der Bildung und Durchführung dieser Dienste Einzelpersonen und freie oder andere Organisationen zur Beteiligung anzuregen.“

<http://www.coe.int/de/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/090000168006b748>

- 43 BFH v. 27.11.2013 – I R 17/12, BFHE 244, 194 = BFH/NV 2014, 984; Anm. Fischer, jurisPR-SteuerR 24/2014 Anm. 1.
- 44 Ulrich Karpen, Die Funktion der Gemeinnützigkeit im Sozialstaat Deutschland - Insbesondere zur Aufgabe der Kirchen, Non Profit Law Yearbook 2009, 47.
- 45 Müller, Thomas, Wettbewerb und Unionsverfassung, 2013, S. 164 ff., 177: Der Wettbewerb im Zielkatalog Post-Lissabon: „Die sozialen Ziele der Union werden deutlich gestärkt und ziehen insofern mit den ökologischen Zielen und dem neuen wettbewerbsaffinen Binnenmarktziel gleich.“ S. ferner Kotzur, (Fn. 13), S. 195 ff., S. 204 ff.: „Kontinuitäten und Wandel – die vorsorgende Union nach Lissabon“; P. Fischer, Marktliberalismus versus Europäisches Sozialmodell - Sozialdienstleistungen gemeinnütziger Rechtsträger und das EU-Beihilferecht, FR 2009, 929.
- 46 A.a.O. (Fn. 45), S. 196 f.
- 47 EU-Kommission v. 08.03.2016 COM(2016) 127 final Annex 1.
- 48 A.a.O. (Fn. 45), S. 206.
- 49 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14.03.2007 zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union (2006/2134(INI)).
- 50 Eichenhofer, Das Europäische Sozialmodell, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Nr. 59 (2010), S. 139 ff.; ders., Soziales Europa, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 2014, 29; Bernd Schulte, Die Politik des „Konsolidierungsstaates“ in Europa – Konsequenzen für die Mitgliedstaaten der EU und das Europäische Sozialmodell, Theorie und Praxis der sozialen Arbeit, 2013, S. 380 ff.; Wolfgang Weiß, Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen – Europarechtliche Perspektiven, Europarecht 2013, 669.
- 51 S. auch Ausschuss der Regionen, Entwurf einer Stellungnahme – Fachkommission für Wirtschaftspolitik: Staatliche Beihilfen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ECON-VI/013 v. 21.06.2016: Der Ausschuss geht davon aus, „dass die Definitionshoheit einer staatlichen Beihilfe für DAWI aufgrund der gewachsenen kulturellen und politischen Strukturen bei den Mitgliedstaaten verbleibt und die lokalen und regionalen Gebietskörperschaften entscheiden können, welche Dienstleistung sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen . . .“
- 52 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. November 2011 über die Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem

wirtschaftlichem Interesse (2011/2146(INI)).

- 53 S. auch Kotzur (Fn. 13), S. 206 f.: „Das Protokoll betont neuerlich die mitgliedstaatliche Ausgestaltungsverantwortung der Mitgliedstaaten und die Subsidiarität“
- 54 Momberger, Social Entrepreneurship: im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Gemeinnützigkeitsrecht, 2015.
- 55 BVerfG v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, BVerfGE 123, 267: „In diesen Bereichen bietet es sich in besonderem Maße an, die Grenzlinie dort zu ziehen, wo die Koordinierung grenzüberschreitender Sachverhalte sachlich notwendig ist.“
- 56 Zum Subsidiaritätsprinzip s. z.B. Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Sport, Behinderung, Freizeit“ (2014/C 114/06) ABl. EU v. 15.04.2014 C 114/27: „... bekräftigt das Erfordernis, das Subsidiaritätsprinzip und die Unabhängigkeit der Leitungsorgane von Sportorganisationen, einschließlich der freien Sportorganisationen, voll und ganz zu respektieren.
- 57 Zutreffend Schlüter, Die Überformung der Sozialsysteme und der Gemeinnützigkeit durch europäisches Wirtschaftsrecht hat klare Grenzen - Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 30.6.2009 - 2 BvE 2/08 (Lissabon-Urteil), npoR 2010, 33 ff., 74 f.; ders. Das soziale Netz verteidigen, FAZ v. 25.02.2010.
- 58 Allgemein Karpen, Die Funktion der Gemeinnützigkeit im Sozialstaat Deutschland - Insbesondere zur Aufgabe der Kirchen, Non Profit Law Yearbook 2009, 47, 49 ff.
- 59 S. hierzu Sonder / Bühner, Die neuen Regelungen des EU-Beihilferechts über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („Almunia“-Paket), BayVBl 2013, 296.
- 60 Stellungnahme v. 06.06.2011 „Reform der EU-Beihilfenvorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“; http://www.bagfw.de/no_cache/veroeffentlichungen/stellungnahmen/.
- 61 Beschluss v. 27.05.2011 (BR-Drucks. 177/1 Rn. 24): „Zumindest in Deutschland sind die Regelungen über die Gemeinnützigkeit Teil des allgemeinen und für alle Unternehmen geltenden Steuersystems. Eine Bevorzugung von bestimmten Unternehmen liegt damit nicht vor. Es handelt sich um allgemeine steuerrechtliche Vorschriften und nicht um Beihilferegelungen.“
- 62 S. die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Die Zukunft der EU-Städteagenda aus Sicht der Zivilgesellschaft“ v. 17./18.02.2016 (2016/C 133/02).
- 63 S. hierzu Mitteilung der Kommission v. 20.09.2011 zur EU-Politik und Freiwilligentätigkeit: Anerkennung und Förderung grenzüberschreitender Freiwilligenaktivitäten in der EU, KOM(2011) 568 endg.
- 64 EuGH v. 11.12.2014 – C-113/13, GRUR Int 2015, 1038 = KommJur 2015, 72 „Azienda sanitaria locale n. 5 ‚Spezzino‘“; Anm. Fischer, jurisPR-SteuerR 27/2015

Anm 1; Hübner npoR 2015, 1. S. ferner EuGH v. 28.01.2016 – C-50/14, juris.

65 Der EuGH weist auf den 28. Erwägungsgrund dieser Richtlinie hin: Der Unionsgesetzgeber habe mit dieser Ausnahmeregelung „dem speziellen Charakter von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen“ Rechnung tragen wollen.

66 „Die Italienische Republik erkennt den sozialen Wert und die Funktion der Freiwilligentätigkeit als Ausdruck von Mitwirkung, Solidarität und Pluralismus an; sie unterstützt die Entwicklung dieser Freiwilligentätigkeit unter Aufrechterhaltung ihrer Autonomie und den unter Berücksichtigung der vom Staat, den Regionen, den Autonomen Provinzen Trient und Bozen sowie den lokalen Gebietskörperschaften festgelegten sozialen, bürgerlichen und kulturellen Ziele geleisteten eigenständigen Beitrag.“ In Art. 2 dieses Gesetzes ist die Freiwilligentätigkeit definiert als jede Tätigkeit, die „persönlich, spontan und kostenlos von einer Organisation ohne Gewinnerzielungsabsicht, der der Freiwillige angehört, und sei es indirekt, ausschließlich aus solidarischen Gründen geleistet wird“. Die fehlende Gewinnerzielungsabsicht wird dadurch konkretisiert, dass der Freiwillige keine Vergütung jeglicher Art erhalten darf. Die tatsächlich aufgewandten Kosten können ihm erstattet werden.

67 EuGH v. 17.06.1997 – C-70/95, EuGHE I 1997, 03395.

68 S. hierzu Antweiler, Ausschreibungspflicht und „Bereichsausnahme“ bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen, VergabeR 2015, 275.

69 BFH v. 08.08.2013 – V R 13/12, BFHE 242, 557 = BFH/NV 2014, 123; hierzu Fischer, jurisPR-SteuerR 7/2014 Anm. 6.

70 EuGH v. 28.01.2016 – C-50/14, juris: „Ein System zur Regelung dringender Krankentransportdienste wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, bei dem die zuständigen Behörden auf Freiwilligenorganisationen zurückgreifen können, muss allerdings tatsächlich zu dem sozialen Zweck und zu den Zielen der Solidarität und der Haushaltseffizienz beitragen, auf denen dieses System beruht.“

71 Bericht der Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“, BT-Drs. 14/8900, S. 189.

72 Droege, Gemeinnützigkeit im Wettbewerb - Determinanten der Gemeinwohlförderung im offenen Steuerstaat, Non Profit Law Yearbook 2010/2011, S. 9 ff.

73 https://en.wikipedia.org/wiki/Hard_cases_make_bad_law.

74 Zum Problem Lars Leuschner, Ist der ADAC zu Recht ein eingetragener Verein? ZIP 2015, 366.

75 S. nur Rupert Graf Strachwitz, Worum geht es beim ADAC?, Bundesnetzwerk Bürgerschaftliches Engagement, BBE-Newsletter 14/2014, http://www.b-b-e.de/fileadmin/inhalte/aktuelles/2014/08/NL14_Gastbeitrag_Graf_Strachwitz.pdf, abgerufen am 27.04.2015.

76 S. nur Michael Ashelm, „Im Schattenreich des DFB – Die Finanzen des Verbandes bleiben im Dunkeln“, FAZ v. 07.11.2015 S. 21.

- 77 In der Entscheidung des BVerfG zur Pendlerpauschale (BVerfG v. 09.12.2008 - 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08 - BVerfGE 122, 210, heißt es:
„Jede gesetzliche Regelung muss verallgemeinern. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen ist der Gesetzgeber berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild zu erfassen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt . . . Auf dieser Grundlage darf er grundsätzlich generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Typisierung bedeutet, bestimmte in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen. Besonderheiten, die im Tatsächlichen durchaus bekannt sind, können generalisierend vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber darf sich grundsätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen. Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssen allerdings auf eine möglichst breite, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließende Beobachtung aufbauen . . . Insbesondere darf der Gesetzgeber für eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen.“
- 78 Landessportbund NRW (Hrsg.), Der Sportverein als Betreiber eines Fitnessstudios, Nov. 2014, S. 5: Außerhalb der Rechtsform des e.V. unterscheiden sich diese Sportvereine erheblich. Die Spanne reicht vom Einsparten-Volleyball-Verein mit 10 Mitgliedern über den Breitensportverein mit 10.000 Mitgliedern bis zum Fußballbundesligisten in der Rechtsform des Vereins mit über 100.000 Mitgliedern.
- 79 Gosch, Gutes tun und Steuern sparen – Steuerliches Gemeinnützigkeitsrecht im „freien Markt“, in: Festschrift für W. Haarmann, 2015, S. 515 ff., 527, mit Hinweis auf den ADAC und das DRK.
- 80 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006.
- 81 EU-Kommission Schreiben v. 20/02/2008*D/50714 COMP H2/CH/ - D(2008) 133 - Staatsbeihilfen CP 65/2004 – Investitionskostenförderung gemeinnütziger Familienferienstätten.
- 82 Die EU-Kommission verpflichtet die Bundesrepublik, durch regelmäßige Kontrollen sicherzustellen, dass Familienferienstätten keine Ausgleichszahlungen erhalten, die über die zur Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtung getätigten Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und einer angemessenen Rendite hinausgehen. Bei zukünftigen Investitionskostenzuschüssen muss im Vorhinein festgelegt werden, wie eine Überkompensierung vermieden wird bzw. wie etwaige überhöhte Investitionskostenzuschüsse zurückgefordert werden können.
- 83 Von den insgesamt 12 000 zugelassenen ambulanten Pflegediensten werden 7 400 (= 61,5 v.H.) in privater Trägerschaft geführt. Öffentliche Träger hatten –

entsprechend dem Vorrang der anderen Träger nach dem SGB XI – einen geringen Anteil (1,6 Prozent). Der prozentuale Anteil der privaten Träger nimmt tendenziell zu.

- ⁸⁴ Bericht der Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ – Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, BT-Drucks. 14/8900, S. 183 f.
- ⁸⁵ S. hierzu Entscheidung der EU-Kommission v. 10.10.2007 – Staatliche Beihilfe NN 50/2007 (vormals CP 206/2005) — Österreich – Übernahme staatlicher Haftungen für österreichische Bundesmuseen.
- ⁸⁶ S. z.B. § 2 der Preuß. VO über die Verhütung eines die gesetzliche Freiheit und Ordnung gefährdenden Missbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechts v. 11.03.1850: „Die Vorsteher von Vereinen, welche eine Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten bezwecken, sind verpflichtet, Statuten des Vereins und das Verzeichniß der Mitglieder binnen drei Tagen nach Stiftung der Vereins, und jede Änderung der Statuten oder der Vereinsmitglieder binnen drei Tagen, nachdem sie eingetreten ist, der Ortspolizeibehörde einzureichen. .
.“https://books.google.de/books?id=4y1DAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=de&source=gbs_ge_summary_r&c
Diese restriktive Haltung setzte sich in der Reichsverfassung von 1871 fort. Das Deutsche Reich beanspruchte die Kompetenz über die Gesetzgebung für das Presse- und Vereinswesen. S. auch Klaus Nathaus, Organisierte Geselligkeit – Deutsche und britische Vereine im 19. und 20. Jahrhundert, 2009, S. 117 ff.: Populärkultur unter Patronage: Die gehemmte Entwicklung vom Lokal- zum Freizeitverein, 1890 bis 1914.
- ⁸⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 05.07.2012 – 6 S 16/12, zur Anwendbarkeit der Regelungen über De-minimis-Beihilfen im EU-Recht im Fall der Sportförderung nach dem SportFG Berlin.
- ⁸⁸ Arbeitgeberverband Deutscher Fitness- und Gesundheitsanlagen DSSV, Leitfaden im Umgang mit Vereins-Fitness-Studios, o.J. – S. auch <http://www.dssv.de/home/der-verband/politische-arbeit/>: Presseerklärung zum „Treffen des Bündnisses gegen Wettbewerbsverzerrung“. S. hierzu Landessportbund NRW (Hrsg.), Der Sportverein als Betreiber eines Fitnessstudios, S. 6.
- ⁸⁹ <http://www.sportkonzepte.biz/news/buendnis-gegen-wettbewerbsverzerrung/>.
- ⁹⁰ EU-Kommission Entscheidung v. 20.2.2008 – COMP H2/CH/– D(2008) 133 – Beschwerdesache „AWO SANO“ – Investitionskostenförderung gemeinnütziger Familienferienstätten.
- ⁹¹ Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum „Altmark-Paket“ der Europäischen Kommission, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/de_de.pdf, S. 6 f., speziell zu den Familien-Ferienstätten in gemeinnütziger Trägerschaft. Auf S. 25 heißt es: „Diese Einbeziehung der Steuervorteile aufgrund der Gemeinnützigkeit ist nicht sachgerecht. Denn die zahlreichen wirtschaftlichen

Nachteile, die mit der Gemeinnützigkeit einhergehen, werden in dieser Einnahmen–Kosten–Gegenüberstellung nicht berücksichtigt, wie etwa das Verbot der freien Gewinnverwendung sowie die zeitnahe, satzungsgemäße Mittelverwendung und die in der Regel 25jährige Zweckbindung der öffentlichen Mittel. Diese Bedingungen erschweren jedoch den gemeinnützigen Unternehmen die flexible Reaktion auf Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und stellen damit einen Wettbewerbsnachteil gemeinnütziger Unternehmen gegenüber privatgewerblichen Anbietern dar. Dass Steuervorteile, nicht jedoch die wirtschaftlichen Nachteile, die aus demselben Steuersystem entstehen, in der Einnahmen–Kosten–Gegenüberstellung berücksichtigt werden, verzerrt die Ergebnisse der Prüfung des Vorliegens einer eventuellen Überkompensation.“

- ⁹² Entscheidung v. 5.12.2012 – C(2012) 8761 final – SA.33952 (2012/NN – Deutschland „Kletteranlagen des DAV“. Aufrufbar auch im Portal der EU-Kommission <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>.
- ⁹³ Sportfördergesetz Berlin v. 06.01.1989; jetzt: Verkündungsstand: 18.02.2012 in Kraft ab: 29.12.2010.
- ⁹⁴ Auch andere Sportfördergesetze sehen speziell die Förderung gemeinnütziger Unternehmen vor. Dies gilt etwa für das Land Brandenburg, die Länder Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen. Andere Bundesländer fördern den Sport über im Haushaltsrecht verankerte Zuwendungen.
- ⁹⁵ VG Berlin, Beschl. v. 26.04.2012 – 20 L 91.12, juris, nachgehend OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 04.07.2012 – OVG 6 S 16.12, OVGE Berlin Bd. 33 S. 152.
- ⁹⁶ BFH v. 15.10.1997 – I R 2/97, BStBl II 1998, 175; R 42 KStH 2008.
- ⁹⁷ Zuletzt BFH v. 20.03.2014 – V R 4/13, DStR 2014, 1539 = BFH/NV 2014, 1470 – Radsportclub.
- ⁹⁸ Wäger, Sportvereine in der Umsatzsteuer: Steuerbare, steuerfreie und steuerermäßigte Umsätze, DStR 2004, 1517.
- ⁹⁹ So bereits RFH v. 11.01.1934 – III A 351/33, RStBl. 1934, 246; v. 24.07.1937 – VIa A 1/35, RStBl. 1937, 1103; BFH v. 28.10.1960 – III 134/56 U, BStBl III 1961, 109; v. 26.4.1995 – I R 35/93, BStBl II 1995, 767. Ausführlich mit umfangreichen Nachweisen Fischer in Hübschmann / Hepp / Spitaler, § 64 AO Rn. 11.
- ¹⁰⁰ RFH v. 23.10.1937 – VIa 70/37, RStBl. 1937, 1160; v. 27.11.1937 – VIa 1/37, 2/37, RStBl. 1938, 35= RFHE 42, 303; BFH v. 15.12.1993 – X R 115/91, BStBl II 1994, 314. BFH: Bei Beurteilung der Frage, ob ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unmittelbar der Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke dient, muss daher der Gesichtspunkt des Wettbewerbs in den Vordergrund gestellt werden. Der Maßstab, der für die Entscheidung dieser Frage anzulegen ist, muss unter diesen Umständen ein sehr strenger sein und sich immer den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles anpassen“.
- ¹⁰¹ Ausführlich Chr. Lenz, Mitgliedsbeiträge privatrechtlicher Vereinigungen im

Umsatzsteuerrecht, 2012, S. 57 ff.

- 102 BFH v. 26.06.1989 – I R 86/85, BStBl II 1990, 550.
- 103 <http://kletterzentrum.dav-berlin.de/index.php/j-stuff>: Die Nutzung für Nichtmitglieder ist auf maximal drei Eintritte beschränkt.
- 104 EuGH v. 21.03.2002 - C-174/00, EuGHE I 2002, 3293, Rn 21 „Kennemer Golf & Country Club“; ausführlich Lenz (Fn. 101), S. 26 ff.
- 105 BFH v. 09.08.2007 – V R 27/04, BFH/NV 2007, 2213, zur Überlassung von Flugzeugen durch einen Luftsportverein an seine Mitglieder: „Vorliegend gab der Luftsportverein den Mitgliedern die Möglichkeit der Flugzeugnutzung gegen eine „Gebühr“, die nicht kostendeckend war. Dieser Vorteil steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den ‘Beiträgen’ und dem ‘Eintrittsgeld’ i.S. des § 9 Nr. 1 der Satzung . . . S. hierzu Fischer, jurisPR-SteuerR 44/2007 Anm. 5; Lenz (Fn. 101), S. 30 f.; ferner BFH v. 11.10.2007 – V R 69/06, BFH/NV 2008, 322, zur Überlassung von Golfanlagen eines gemeinnützigen Golf-Clubs an seine Mitglieder; Lenz (Fn. 101), S. 31 f.
- 106 S. aber bereits von Hippel, Grundprobleme der Nonprofit-Organisationen, 2007, S. 246 ff., 497 ff., 615f.; zum Tennisverein K. Schmidt, AcP 1982 (1982), S. 1, 17.
- 107 Ausführlich Chr. Lenz (Fn. 101), S. 79 ff., 83 ff., zu den umsatzsteuerrechtlichen Definitionen des Leistungsbegriffs.
- 108 So aber Scharf in Münchener Kommentar Bd. 3 „Sektoren XVIII. Kultur / Sport / Tourismus“ Rn. 1185 ff.
- 109 Zur Sonderform der Leistungsbereitschaft als Leistung Lenz (Fn. 101), S.101 ff., 112 ff., 124 f.
- 110 FG München v. 10.04.014 – 14 K 1495/12, EFG 2014, 1436 (rkr).
- 111 Abschn. 2.10 Abs. 1 UStAE.
- 112 EuGH v. 21.03.2002 – C-174/00, EuGHE 2002, I-3293-3331. S. auch BFH. v. 11.10.2007 - V R 69/06 – BFH/NV 2008, 322: Mitgliedsbeiträge und Aufnahmegebühren können Entgelt für die Leistungen eines Sportvereins an seine Mitglieder sein; hierzu P. Fischer, jurisPR-SteuerR 11/2008 Anm. 6; zuletzt BFH v. 20.03.2014 – V R 4/13, BFH/NV 2014, 1470 – steuerbare Leistungen eines Sportvereins – Entgeltliche Überlassung von Sportanlagen ist keine „Vermögensverwaltung“; Anm. Fischer jurisPR-SteuerR 43/2014 Anm. 1.
- 113 Hierzu Lenz (Fn. 101), S. 30 ff.
- 114 EuGH v. 21.03.2002 – C-174/00, BFH/NV Beilage 2002, 95 „Kennemer Golf & Country Club“: „. . . Die Leistungen des Vereins bestehen nämlich darin, dass er seinen Mitgliedern dauerhaft Sportanlagen und damit verbundene Vorteile zur Verfügung stellt, und nicht darin, dass er auf Verlangen seiner Mitglieder gezielte Leistungen erbringt. Somit besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den Jahresbeiträgen der Mitglieder eines Sportvereins wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden und den von diesem Verein erbrachten Leistungen.“
- 115 S. hierzu das im Jahre 1926 entstandene Gedicht von Kurz Tucholsky „Das

Mitglied“; <http://www.textlog.de/tucholsky-das-mitglied.html>.

- 116 BFH v. 24.09.2014 – V R 54/13, BFH/NV 2015, 364 – zum Vorsteuerabzug bei Wahrnehmung der allgemeinen Interessen der Vereinsmitglieder.
- 117 BFH v. 02.08.2006 – XI R 6/03, BStBl II 2007, 8; hierzu P. Fischer, jurisPR-SteuerR 47/2006 Anm. 4. S. auch FG Berlin-Brandenburg v. 19.11.2013 – 9 K 9151/13 (9 K 9151/13; Nichtzulassungsbeschwerde unbegründet): Durch die einkommensteuermindernde Berücksichtigung der Spende nach § 10b EStG soll zu privatem uneigennützigem Handeln angeregt werden und zur Entlastung der öffentlichen Haushalte sollen Mittel für gemeinwohlrelevante Zwecke beschafft werden. Der Gesetzgeber erkennt die Notwendigkeit an, staatliche Gemeinwohlverwirklichung durch private uneigennützige und freigiebige Gemeinwohlförderung zu ergänzen. Als Spenden i. S. des § 10b Abs. 1 Satz 1 EStG kommen nur solche Aufwendungen in Betracht, die der Steuerpflichtige freiwillig und unentgeltlich im Sinne von fremdnützig geleistet hat. Kritisch zur BFH-Rechtsprechung Lenz (Fn. 101), S. 49 f.: Durch das Kriterium der Uneigennützigkeit wurde mit einer nicht zutreffenden Begründung ein möglicherweise sachgerechtes Ergebnis erzielt.
- 118 Ausführlich zu § 10b EStG Lenz (Fn. 101), S. 43 ff. 49 f.
- 119 S. hierzu Wäger, Sportvereine in der Umsatzsteuer: Steuerbare, steuerfreie und steuerermäßigte Umsätze, DStR 2014, 1517.
- 120 A.a.O. (Fn. 112).
- 121 EuGH v. 21.02.2013 – C-18/12, UR 2013, 338 = MwStR 2013 „Mesto Zamberk“.
- 122 BFH v. 30.09.1982 – III R 2/80, BStBl II 1982, 148: Ein FKK-Verein, bei dem ein satzungsmäßiger Vereinszweck die „gesunde und harmonische Freizeitgestaltung für die gesamte Familie“ ist und der dafür Einrichtungen hält (Liegewiese, Freizeitparks), ist nicht gemeinnützig. „Ziel und Zweck des Vereins sind vielmehr insoweit, wie schon die in der Satzung mit „gesunde und harmonische Freizeitgestaltung für die gesamte Familie“ und „Freizeitparks“ gewählten Umschreibungen zeigen, auf die allgemeine Erholung gerichtet. Tatsächlich unterhält der Kläger zu diesem Zweck eine Liegewiese, auf der sich die Vereinsmitglieder mit ihren Familien an warmen Sommertagen aufhalten. Das Schwimmbad dient dann nicht dem planmäßigen (Wettkampf-) Schwimmen, sondern dem ‚Baden‘.“
- 123 Zum Problem Jachmann, Gemeinnütziger Sport versus subventionierte Freizeitbetätigung, in Gedächtnisschrift für Tzraskalik, 2005, S. 31 ff.
- 124 BFH v. 10.1.1992 – III R 201/90, BStBl II 1992, 684.
- 125 BFH v. 02.03.1990 – III R 89/87 – BStBl II 1990, 1012; BFH v. 10.01.1992 – III R 201/90 – BStBl II 1992, 684. Ein Zweckbetrieb ist anzunehmen, wenn die Tennishalle in nur ganz unbedeutendem Umfang von Nichtmitgliedern genutzt wird. „In einem solchen Fall ist davon auszugehen, dass die Überlassung der Sportanlage gegen Entgelt in ihrer Gesamtrichtung dazu diene, den

steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zweck des Vereins – im entschiedenen Fall die Pflege des Tennissports – zu verwirklichen.“ Anders soll es sein bei einer Vermietung einer Tennishalle an Mitglieder und Nichtmitglieder zu gleichen Bedingungen; dann liegt, so der BFH, die Annahme nahe, dass mit der Hallenvermietung ein einheitlicher wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unterhalten wird. S. auch P. Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 64 AO Rn. 42 ff., 89 ff.

- 126 BFH v. 10.01.1992 – III R 201/90, BStBl II 1992, 684; vgl. auch BFH v. 9.4.1987 – V R 150/78, BStBl II 1987, 659 – Greenfee; BFH v. 02.03.1990 – II R 89/87, BStBl II 1990, 1012.
- 127 BFH v. 02.03.1990 – III R 77/88, BStBl II 1990, 750; v. 02.03.1990 – III R 89/87, BStBl II 1990, 101; v. 10.01.1992 – III R 201/90, BStBl II 1992, 684.
- 128 BFH v. 10.01.1992 – III R 201/90, BStBl II 1992, 684, zur Überlassung einer Tennishalle durch einen Tennisverein an Mitglieder und Nichtmitglieder.
- 129 BFH v. 10.01.1992 – III R 201/90, BStBl II 1992, 684.
- 130 BFH v. 09.04.1987 – V R 150/78, BStBl II 1987, 659. S. aber zur Behandlung nach europäischem Recht BFH v. 03.04.2008 – V R 74/07, BFH/NV 2008, 1631. Nach der Rechtsprechung des BFH sind die Überlassung von Golfbällen und die Nutzungsüberlassung einer Golfanlage an Nichtmitglieder (BFH v. 03.10.2008 – V R 74/07, BFHE 221, 451 = BFH/NV 2008, 1631) sowie die Erteilung von Golfunterricht (BFH v. 02.03.2011 – XI R 21/09, BFHE 233, 269 = BFH/NV 2011, 1456) für die Ausübung des Golfsports unerlässlich; s. auch – zu einem Reitsportverein – BFH v. 16.10.2013 – XI R 34/11, BFH/NV 2014, 460; Anm. P. Fischer, jurisPR-SteuerR 18/2014 Anm. 5.
- 131 So FG Münster v. 28.06.1974 – II 1949/73 K, EFG 1974, 593; BFH v. 30.03.2000 – V R 30/99 – BStBl II 2000, 705: Gestattet ein als gemeinnützig anerkannter Eislaufverein sowohl Mitgliedern als auch Nichtmitgliedern die Benutzung seiner Eisbahn gegen Entgelt und vermietet er in diesem Zusammenhang Schlittschuhe, unterliegen diese entgeltlichen Leistungen gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 8 UStG 1980 dem ermäßigten Umsatzsteuersatz, wenn sie im Rahmen eines Zweckbetriebes ausgeführt werden.
- 132 FG Nürnberg v. 24.01.1984 – II 45/80, EFG 1984, 416; S. ferner München v. 09.06.2005 – 14 K 4580/01, EFG 2005, 1568; BFH v. 18.11.2011 – V R 64/09, ZSteu 2012, R753 – Besteuerung von Umsätzen einer gemeinnützigen GmbH aus der Vermietung einer Eislaufhalle.
- 133 Bayer. Landesamt für Steuern v. 06.12.2011 – S 0171.2.1-88/4 St31.
- 134 Vgl. Widmann, Quo usque tandem? – Die Umsatzbesteuerung der Vereinsbeiträge muss endlich unionsrechtskonform geregelt werden!, DStZ 2014, 595.
- 135 BFH v. 25.07.1996 – V R 7/95 – BStBl II 1997, 154; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2008, § 6 Rn. 212, 244; Fischer in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, § 67a Rn. 40 ff.
- 136 In letzterer Hinsicht Trzaskalik, StuW 1986, 219, 226.

- 137 Laut Wikipedia ist das Skigebiet am Mount Parnassos in Zentralgriechenland das größte und bekannteste Skigebiet in Griechenland. „Hier fährt die erste und einzige Gondelbahn in einem Skigebiet in Griechenland.“
- 138 Bayerisches Landesamt für Steuern v. 09.05.2008 – S 186a.2.1-1, FMNR398130008, juris. S. hierzu P. Fischer, Ungeklärte Fragen zum Zweckbetrieb (§ 65 AO) am Beispiel von Fitness-Studios gemeinnütziger Sportvereine, jurisPR-SteuerR 26/2008 Anm. 5.
- 139 Bayerisches Landesamt für Steuern v. 20.10.2014, S 0171.2.188/11 St31, FMNR515130011, juris. Im Hinblick darauf, dass die DAV-Satzung mehrere Arten der Mitgliedschaft kennt, scheint die steuerrechtliche Betrachtung sehr komplex zu sein.
- 140 Bayerisches Landesamt für Steuern v. 20.10.2014, S 0171.2.188/11 St31, FMNR515130011, juris.
- 141 BMF-Schreiben v. 14.01.2015 – IV A 3-S 0062/14/10009. S. auch FinMin Baden-Württemberg v. 04.08.2014.
- 142 Karsten Schmidt, Eintragungsfähige und eintragungsunfähige Vereine, Rpfleger 1972, 286 ff, 343 ff.
- 143 BFH v. 20.03.2014 – V R 4/13, BFH/NV 2014, 1470 = UR 2014, 732 = MwStR 2014, 579. S. hierzu Fischer, jurisPR-SteuerR 43/2014 Anm. 1; Heuermann, StBp 2014, 267; ders., Ein Pferd, die Umsatzsteuer und das Unionsrecht, UR 2014, 877; Wäger, Sportvereine in der Umsatzsteuer: Steuerbare, steuerfreie und steuerermäßigte Umsätze, DStR 2014, 1517; Widmann, DStZ 2014, 595.
- 144 BFH v. 08.03.2012 – V R 14/11 – BStBl II 2012, 630, zu Art. 98 Abs. 2 und 3 MwStSystRL i.V.m. Anhang III Nr. 15.
- 145 Hierzu z.B. EuGH v. 06.09.2012 – C-496/11 – UR 2012, 762 Rn. 32 „Portugal Telecom“.
- 146 Einkommensteuer-Kommission („Bareis-Kommission“) zur Steuerfreistellung des Existenzminimums ab 1996 und zur Reform der Einkommensteuer, Schriftenreihe des BMF, Heft 55, 1995, S. 33, 49. Im Jahre 1994 stellte eine Kommission ein Modell vor, in dem 85 Steuervergünstigungen abgeschafft werden. Der damalige Bundesfinanzminister Theo Waigel lehnte das Konzept ab.
- 147 Unabhängige Sachverständigenkommission, Gutachten zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, Schriftenreihe des BMF, Heft 40, 1988.
- 148 Jeck / Langner, Die Europäische Dimension des Sports, CEP-Studie März 2010, S. 3, 19, 39 f.
http://www.cep.eu/Studien/Sport/cepStudie_Die_Europaeische_Dimension_des_Sp
- 149 Faustkämpfer waren die Publikumsliebhaber der Antike. Der Schriftsteller Lukillios (1. Jh. n. Chr.) schrieb das folgende Spottepigramm auf einen malträtierten Boxer, zitiert nach U. Sinn, [Hrsg.], Sport in der Antike – Wettkampf, Spiel und Erziehung im Altertum, 1996, S. 102, „Sieh dir Olympikos an, mein Kaiser! Einst hatte er alles, Nase, Brauen, Kinn, Ohren und Lider wie wir. Seit er sich aber als

Boxer hat eintragen lassen, fehlt alles. Selbst sein väterlich Gut ging ihm verloren dabei. Denn es zeigte sein Bruder sein Bild dem Richter und dieser, der keine Ähnlichkeit fand, hat ihn als Fremden erklärt.“

- 150 Allgemein Thomas Würtenberger (Hrsg.), Risikosportarten, 1991.
- 151 Ausführlich Tettinger, Sportliche Freizeitaktivitäten und Umweltschutz, Zeitschrift für Sport und Recht, 1997, 109 ff.; H. Blumenberg, Steuerung des Wassersports durch Umweltrecht, 1995, S. 149 ff.; K. Stadler, Naturschutz und Erholung, 1996, S. 249 ff. S. auch Baartz, Der Konflikt zwischen Sport und Umwelt dargestellt am Beispiel der Entwicklung des Golfsports im Raum Berlin-Brandenburg, 1994.
- 152 Gutachten Unabhängige Sachverständigenkommission (Fn. 147), S. 143. „Die Zahl der errungenen Medaillen hat indessen wenig mit der materiellen, geistigen und sittlichen Lebensqualität der Gemeinschaft zu tun.“ Zu Recht anders Kirchhof in Kirchhof/Söhn, EStG, § 10b Rn. 238.
- 153 Unabhängige Sachverständigenkommission Sondervotum (Fn. 147), S. 365 ff.
- 154 Unabhängige Sachverständigenkommission (Fn. 147) S. 125 ff. S. ferner Isensee, Gemeinwohl und Bürgersinn im Steuerstaat des Grundgesetzes, in Festschrift für G. Dürig, 1990, S. 33 f., 38, 44, 51 f.; Empfehlung III. 3. des 57. Deutschen Juristentags, 1988, Bd. II, N. 212.
- 155 Zitiert nach Wilhelm Nestle, Euripides, Der Dichter der griechischen Aufklärung, 1901, S. 216. Die Liste der Kritiker des Sports in der Antike enthält viele prominente Namen der griechischen Geisteswelt: Xenophanes, Euripides, Isokrates, Platon, Aristoteles, Xenophon, Philostrat. Ferner U. Sinn (Fn. 149), S. 95; Buhmann, Der Sieg in Olympia und in den anderen panhellenischen Spielen, 1972, S. 137 ff.
- 156 Buhmann (Fn. 155), S. 16 ff., 24 ff.
- 157 Buhmann (Fn. 155), S. 50; W. Decker, Sport und Spiel in der griechischen Antike, 1995, S. 172; Vgl. – zu Identifikationsangeboten – Steiner, Kulturpflege, in HdbStR Bd. III § 86 Rn. 27.
- 158 http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Ministerium/Creich/Wissenschaftlicher_Beirat/Gutachten_und_Stellungnahmen/Ausgewaehlte_Teblob=publicationFile&v=3.
- 159 Zum Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF „Die abgabenrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Zwecke auf dem Prüfstand“ s. P. Fischer, Grundfragen der Bewahrung und einer Reform des Gemeinnützigkeitsrechts, FR 2006, 1001.
- 160 Z.B. Leisner-Egensperger, Hübschmann/Hepp/Spitaler, AFO, FGO, § 52 AO Rn. 185 ff. 189.; dies., Verfassungsrecht der steuerlichen Gemeinnützigkeit, in Festschrift für Isensee, 2007, S. 895 ff. – S. die ausführliche Erörterung der Für und Wider bei Michael Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 150 ff.; Monika Jachmann, Gemeinnütziger Sport versus subventionierte Freizeitbetätigung, in Gedächtnisschrift für Tzraskalik, 2005, S. 31 ff.

- 161 Enquete-Kommission „Zukunft des bürgerschaftlichen Engagements“, Deutscher Bundestag (Hrsg.), Igl/Jachmann/Eichenhofer, Rechtliche Rahmenbedingungen bürgerschaftlichen Engagements, 2002, S. 211 ff.
- 162 Paul Kirchhof, Sport und Umwelt als Gegenstand des Verfassungsrechts und der Verfassungspolitik, in Kirchhof (Hrsg.), Sport und Umwelt, 1992, S. 41 ff.
- 163 Isensee, Gemeinwohl und Bürgersinn im Steuerstaat des Grundgesetzes, in Festschrift für Dürig, 1990, S. 33 ff. 37.
- 164 BT-Drucks. 11/4176, S. 8.
- 165 BT-Drucks. 10/1368.
- 166 Grundlegend BFH v. 14.09.1994 – I R 153/93, BStBl II 1995, 499: „Als Förderung der Allgemeinheit darf . . . nur die Förderung solcher Freizeitaktivitäten außerhalb des Bereichs des Sports anerkannt werden, die hinsichtlich der ihre steuerrechtliche Förderung rechtfertigenden Merkmale mit den im Katalog des § 52 Abs.2 Nr.4 AO genannten Freizeitgestaltungen identisch sind. Es reicht nicht aus, dass die Freizeitgestaltung sinnvoll und einer der in § 52 Abs. 2 Nr. 4 AO genannten ähnlich ist.“
- 167 Z.B. 12. Sportbericht der Bundesregierung v. 03.09.2010, BT-Drucks. 17/2880.
- 168 Zu allem s. auch die Antwort der Bundesregierung v. 26.07.2011 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der SPD „Die Bedeutung des Sports in der Politik der Bundesregierung“, BT-Drucksache 17/6672.
- 169 S. hierzu die Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Sport, Behinderung, Freizeit“ (2014/C 114/06) ABl. EU v. 15.04.2014 C 114/27. Der Ausschuss merkt an, (27) „dass der Sport für Menschen mit Behinderungen nicht vom Breitensportsystem ausgeschlossen bleiben darf und dass seine allgemeine Verbreitung, d. h. die Mitverantwortung der großen Sportorganisationen für seine Organisation, bereits ein wichtiges politisches Ziel darzustellen scheint . . . (28) die Teilnahme von Menschen mit Behinderungen am Sport . . . im Rahmen des Verbands zu fördern (ist), in dessen Zuständigkeit die entsprechende Sportart oder Spezialisierung fällt. Dabei ist die Rolle der Sportverbände, die vorwiegend mit Menschen mit Behinderungen arbeiten, zu berücksichtigen und zu respektieren und diese müssen bei der Ausübung ihrer unabdingbaren Aufgabe im Dienste der Menschen mit Behinderungen bestärkt werden.“ Der Ausschuss erkennt an, „(38) dass der Sport für Menschen mit Behinderungen in hohem Maße auf ehrenamtlicher Tätigkeit beruht und dass für diese ehrenamtlichen Helfer weiterhin eine hochwertige Ausbildung gefördert werden muss“.
- 170 Statt vieler Steiner, Die Bedeutung des Sports im Staat des Grundgesetzes, Non Profit Law Yearbook 2008, 1.
- 171 12. Sportbericht der Bundesregierung v. 03.09.2010 BT-Drs. 17/2880 S. 13.
- 172 Unabhängige Sachverständigenkommission, Gutachten zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, Schriftenreihe des BMF, Heft 40, 1988.
- 173 Ausführlicher P. Fischer, Gemeinnutz und Eigennutz am Beispiel der steuerlichen

Sportförderung, Festschrift für Offerhaus, 1999, S. 597.

- 174 S. hierzu P. Fischer, Gegenwartsnahe und selbstlose Förderung der Allgemeinheit am Beispiel der Investitionsrücklage eines Familien-Segelsportclubs in Gründung, FR 2004, 147.
- 175 Ausführlich hierzu P. Fischer, Gemeinnutz und Eigennutz am Beispiel der steuerlichen Sportförderung, in FS Offerhaus, 1999, 567 ff.; ders., Wohltaten für Wohltäter – oder: wie viel Eigennutz verträgt das Gemeinnützigkeitsrecht?, jurisPR-SteuerR 29/2006 Anm. 4.
- 176 Schon immer war die Realität des Sports durch Eigennutz und Kommerz geprägt; s. Göhler, Ölbaum und Goldmedaille – Geschichte der antiken und modernen Olympischen Spiele, 1968; Wildt, Daten zur Sportgeschichte Teil I: Die „Alte Welt“ und Europa bis 1750, 1970.
- 177 12. Sportbericht der Bundesregierung v. 03.09.2010, BT-Drucks. 17/2880.
- 178 A.a.O. (Fn. 177), S. 12.
- 179 12. Sportbericht der Bundesregierung, v. 03.09.2010, BT-Drucks. 17/2880, S. 12.
- 180 Beschluss des Deutschen Bundestages auf Empfehlung des Sportausschusses v. 02.07.2009 BT-Drs. 16/13058, auf Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD v. 03.12.2008 BT-Drucks. 16/11217 -Gesellschaftliche Bedeutung des Sports; BT-PlPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PlPr 16/230, S. 25639D – 25658C.
- 181 S. auch Deutscher Sportbund, Sport in Deutschland, 2003; Udo Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 18 ff.: „Sport und Freizeit als Gegenstand kommunalpolitischer Gestaltung“.
- 182 Weißbuch Sport, KOM(2007) 391, S. 3.
- 183 Udo Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 1, Rn. 18; ders., Die Bedeutung des Sports im Staat des Grundgesetzes, Non Profit Law Yearbook 2008, 1.
- 184 LSV Landessportverband Baden-Württemberg, Gesellschaftliche und ökonomische Bedeutung der Sportorganisation, 2013, S. 1.
- 185 Ausführlich Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ – Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, BT-Drucks. 14/8900, S. 75 ff.; Sondervotum der Mitglieder aus der Fraktion der CDU/CSU, S. 343 f.
- 186 Art. 39 des Einigungsvertrags enthält eine Verpflichtung zur Förderung des Sports einschließlich des Spitzensports in den neuen Bundesländern.
- 187 P. Fischer, Gemeinnutz und Eigennutz am Beispiel der steuerlichen Sportförderung, Festschrift für Offerhaus, 1999, S. 597; M. Jachmann, Gemeinnütziger Sport versus subventionierte Freizeitbeschäftigung, Gedächtnisschrift für Christoph Trzaskalik 2005, S. 31.
- 188 Vgl. z.B. Art. 9 Abs. 3 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein i.d.F. v. 13.05.2008; Art. 11 Abs. 1 u. 2 der Verfassung des Freistaates Sachsen; Art. 36 Abs. 1 u. 3 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt. Ausf. Hentschel, Kristin,

Die Vereinbarkeit der deutschen Kulturförderung mit dem Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2006, S. 36 ff.

- ¹⁸⁹ Beschluss des Deutschen Bundestages auf Empfehlung des Sportausschusses v. 02.07.2009 BT-Drs. 16/13058, auf Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD v. 03.12.2008 BT-Drucks. 16/11217 -Gesellschaftliche Bedeutung des Sports; BT-PIPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PIPr 16/230, S. 25639D – 25658C.
- ¹⁹⁰ Deutscher Sportbund, Sport in Deutschland, 2003, S. 53 ff.
https://www.dosb.de/fileadmin/fmdsb/arbeitsfelder/wissges/Dateien/Sport_in_Deut
- ¹⁹¹ Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission (Fn. 147) S. 143; U. Steiner, HdbStR § 86 Rn. 26.
- ¹⁹² WAZ v. 24.10.2014; Quelle: <http://www.derwesten.de/kultur/theaterkarten-in-nrw-werden-mit-bis-zu-162-euro-subventioniert-id9966904.html>.
- ¹⁹³ Seer in Tipke/Kruse, AO, FGO, § 42 AO Rn. 44; anders, indes unverständlich Leisner-Egensperger, Verfassungsrecht der steuerlichen Gemeinnützigkeit, in Festschrift für Isensee, 2007, S. 895 ff., 907: „Da Kunst ohne Kunstgenuss nicht vorstellbar ist, muss auch dessen Förderung gemeinnützig sein.“
- ¹⁹⁴ Udo Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 18.
- ¹⁹⁵ So Werner Böhmer in seinem dissenting vote BVerfG v. 10.03.1981 – 1 BvR 92/71, 1 BvR 96/71, BVerfGE 56, 266, 282 – „Gondelbahn“: „Es mag dahingestellt bleiben, ob es zu den , Anliegen des Staates und der Gemeinden‘ gehört, den Menschen eine ,sinnvolle Freizeitgestaltung zu ermöglichen.‘ Die Freizeitgestaltung ist in einem freiheitlichen Staat die ureigenste Angelegenheit des mündigen Bürgers. Er mag sich nach seinem Willen betätigen, nicht aber auf Kosten und unter Beeinträchtigung von Grundrechten anderer.“
- ¹⁹⁶ Udo Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 10.
- ¹⁹⁷ Bericht der Enquete-Kommission v. 03.06.2002 „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, BT-Drucks. 14/8900 S. 79.
- ¹⁹⁸ Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 197), S. 111.
- ¹⁹⁹ BT-Drucks. 16/5200, S. 12.
- ²⁰⁰ Udo Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 8.
- ²⁰¹ Mathias Langer, Subjektförderung – eine Alternative zum Status Quo der öffentlichen Finanzierung von Sportangeboten, Sport und Gesellschaft – Sport and Society, Jahrgang 4 (2007), Heft 1, S. 54-78.
- ²⁰² Ausführlich Thom, Sportförderung und Sportförderungsrecht als Staatsaufgabe, 1992.
- ²⁰³ A.A. z.B. Roman Seer, Gemeinwohlzwecke und steuerliche Entlastung, in: DStJG 26 (2003), S. 11 ff., 30; P. Fischer, Gemeinnutz und Eigennutz am Beispiel der Sportförderung, in Festschrift für Offerhaus, 1999, S. 597 ff., 602 ff.
- ²⁰⁴ S. nur Gesetz zur Sportförderung in Mecklenburg-Vorpommern v. 09.09.2002 § 3

Abs. 1: „Die nach Maßgabe dieses Gesetzes vorgenommenen Maßnahmen zur Förderung des Sports stellen freiwillige Aufgaben im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung dar.“

- 205 K. Stern, Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Grundfragen zur Aufnahme des Sports in die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des Landessportbundes Nordrhein-Westfalen, 1992; Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 3.
- 206 Zum Problem U. Steiner, Der Sport auf dem Weg ins Verfassungsrecht – Sportförderung als Staatsziel, Zeitschrift für Sport und Recht, 1994, 2; Hix, Philip Martin, Probleme der Normierung einer Sportklausel im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland unter Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union, 2013.
- 207 S. hierzu die Antwort v. 26. 07. 2011 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der SPD „Die Bedeutung des Sports in der Politik der Bundesregierung“, BT-Drucksache 17/6672 S. 20: „Die Aufnahme neuer Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz begegnet gewichtigen verfassungspolitischen Bedenken. Die bisherige Zurückhaltung des Grundgesetzes gegenüber weitgehend symbolischen Normen hat sich bewährt und sollte beibehalten werden.“ Aus der Literatur: Streinz, Sport als Staatsziel ins Grundgesetz?, CaS 2009, 1006; Steiner, Sportförderung ins Grundgesetz?, Sport und Recht 2012, 238.
- 208 S. z.B. Schulze, Götz, Die Stellung des Sports in der Verfassung Brandenburgs, 20 Jahre Landesverfassung, Festschrift des Landtages Brandenburg, 2012, S. 71 ff.
- 209 Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 1; ders., Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Sport in Deutschland, Festschrift für Röhrich, 2005, S. 1225.
- 210 S. auch Mittler, Gernot, Die steuerliche Förderung des Sports aus politischer Sicht, in Büch / Maenning / Schulke (Hrsg.), Sportfinanzierung – Spannungen zwischen Markt und Staat, 2009, S. 99.
- 211 Bundesminister des Inneren „Sportpolitik des Bundes“; http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Sport/Sportpolitik/sportpolitik_node.html; S. auch Antwort v. 26.07.2011 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der SPD „Die Bedeutung des Sports in der Politik der Bundesregierung“, BT-Drucksache 17/6672 S. 20; Udo Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 7 f., zu Art und Ausmaß der Bundesförderung sowie zur Philosophie der staatlichen Förderung des Spitzensports.
- 212 Steiner, Handbuch des Staatsrechts § 86 Rn. 27: „Zum einen sind die internationalen Erfolge von Sportlern der Bundesrepublik. . . mangels anderer ‚Staatsereignismasse‘ zu (fast) konkurrenzlosen ‚Staatsfesten‘ geworden . . . Zum anderen symbolisieren internationale Sporterfolge eine allgemeine staatliche und gesellschaftliche Leistungsfähigkeit der Bundesrepublik nach außen.“
- 213 Bundesminister des Inneren „Sportpolitik des Bundes“ http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Sport/Sportpolitik/sportpolitik_node.html.

- ²¹⁴ Deutscher Olympischer Sportbund (DOSB), Neues Steuerungsmodell Leistungssport des DOSB (2005), unter „4. Nachwuchsleistungssport“. Quelle: http://www.dosb.de/fileadmin/fm-dosb/arbeitsfelder/leistungssport/Konzepte/Neues_Steuerungsmodell_Endfassung09.pdf
- ²¹⁵ Z.B. § 2 Abs. 2 Gesetz zur Sportförderung in Mecklenburg-Vorpommern v. 09.09.2002: „Maßnahmen zur Förderung des Sports sind ideelle und materielle Aktivitäten des Landes, der Landkreise, kreisfreien Städte und Gemeinden sowie der Sportorganisationen des Landes, die der Sicherung und Entwicklung des Sports dienen.“
- ²¹⁶ S. hierzu Häberle, „Sport“ als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen, in Festschrift für W. Thieme, 1993, S. 25 ff.; Steiner, Von den Grundrechten im Sport zur Staatszielbestimmung „Sportförderung“, in: Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 509 ff.; ausführlich Schulze, Götz, Die Stellung des Sports in der Verfassung Brandenburgs, 20 Jahre Landesverfassung, Festschrift des Landtages Brandenburg, 2012, S. 71 ff. – Zur Wirkungsweise der Staatszielbestimmungen BVerwG v. 13.06.1995 – 4 B 70/95, NJW 1995, 2648, zur Kollision von Umweltbelangen und Kunstfreiheit.
- ²¹⁷ Hierzu Schulze, Götz (Fn. 216): „Die vorsichtig formulierte Sportförderklausel ist ein legislativer Glücksgriff“.
- ²¹⁸ S. auch Tettinger, 10 Jahre Sport in der Verfassung des Landes NRW, Sport und Recht 2003, 45.
- ²¹⁹ Schulze, Götz (Fn. 214), S. 72.
- ²²⁰ Schulze, Götz (Fn. 214), S. 79 ff.
- ²²¹ S. im übrigen Tettinger, Sportliche Freizeitaktivitäten und Umweltschutz, Zeitschrift für Sport und Recht, 1997, S. 113 m.w.N.
- ²²² Ausführlich mit weiteren Nachweisen Schulze, Götz (Fn. 216), S. 79 ff.
- ²²³ Schulze, Götz (Fn. 216), S. 78.
- ²²⁴ Schulze, Götz (Fn. 216), S. 73.
- ²²⁵ Voigt, Friedemar, Bundesweite Quer- und Längsschnittstudien zur Umsetzung des neuen Steuerungsmodells in den kommunalen Sportverwaltungen, 2006; Tettinger, Sport und Kommunen in Deutschland, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter, 2004, 125; Grillenberger, Martin, Öffentliche Sportförderung – gemeinsame Aufgabe von Staat und Kommunen?, KommunalPraxis BY 2014, 131, unter Berücksichtigung von Art. 140 Abs. 3 der Verfassung des Freistaates Bayern und Art. 57 Abs. 1 der Bayerischen Gemeindeordnung.
- ²²⁶ Püttner, Günter, Kommunale Selbstverwaltung, in: Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. Bd. 6 § 144.
- ²²⁷ Schulze, Götz (Fn. 216) S. 74; Steiner, Verfassungsfragen des Sports, NJW 1991, 2729, 2732.
- ²²⁸ Körber-Stiftung, Wie finanzieren sich zivilgesellschaftliche Organisationen in Deutschland? Eine Sonderauswertung des ZiviZ-Surveys. Kurzfassung, Jan. 2015,

S. 2.

- ²²⁹ EU-Kommission, Mitteilung v. 18.01.2011 „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“, KOM(2011) 12 endg.S. 11.
- ²³⁰ Eckl, Stefan, Kommunale Sportförderung in Baden-Württemberg: Stand, Entwicklung und Perspektiven, 2006.
- ²³¹ Landtag von Baden-Württemberg 15. Wahlperiode Drucksache 15/35 v. 26.05.2011.
- ²³² Antwort v. 26.07.2011 auf Kleine Anfrage der Fraktion der SPD „Die Bedeutung des Sports in der Politik der Bundesregierung“, BT-Drucksache 17/6672, S. 20.
- ²³³ Will (Hrsg.), Sportrecht in Europa, 1993; Coopers & Lybrand, Der Einfluss der Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft auf den Sport, 1995; Streinz, Die Auswirkungen der europäischen Gesetzgebung auf den Sport, in Tobarski (Hrsg.), EU-Recht und Sport, 1998, S. 14 ff. S. auch DOSB, Sportförderung in der EU-Ein praktischer Leitfaden, 2009.
- ²³⁴ Anlage IV Weißbuch Sport, KOM(2007) 391. Die Erklärung unterstreicht die gesellschaftliche Bedeutung des Sports und appelliert an die Gremien der Europäischen Union, u. a. die Besonderheiten des Amateursports besonders zu berücksichtigen. S. auch Weißbuch Sport, KOM(2007) 391, S. 2 f. S. auch das Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission – Folgenabschätzung, Begleitdokument zum Weißbuch Sport v. 11.07.2007, SEK(2007) 932, S. 10 ff., S. 17 ff. zur „Strategie von Lissabon“.
- ²³⁵ Europäischer Rat, „Declaration on Voluntary work in Sport“, Aarhus 2002; <http://kum.dk/nyheder-og-presse/pressemeddelelser/2002/november/eu-sportsministerkonference-i-aarhus-21-22-november/the-aarhus-declaration-on-voluntary-work-in-sport/>. S. hierzu 11. Sportbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/3750 S. 22.
- ²³⁶ Weißbuch Sport, KOM(2007) 391, S. 2: „Dieses Weißbuch befasst sich hauptsächlich mit der gesellschaftlichen Rolle des Sports, seiner wirtschaftlichen Dimension.“
- ²³⁷ EU-Kommission v. 11.07.2007 SEK(2007) 932.
- ²³⁸ <http://www.dosb.de/de/organisation/internationales/europa-eu/>.
- ²³⁹ KOM(2011) 12 endg.
- ²⁴⁰ Schulze, Götz (Fn. 216) S. 83.
- ²⁴¹ Bericht der Kommission v. 24.1.2014 über die Durchführung des Arbeitsplans der Europäischen Union für den Sport 2011-2014 COM(2014) 22 final.
- ²⁴² ABl. C 162 vom 10.06.2011, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/11/st09/st09509-re01.de11.pdf>.
- ²⁴³ <http://ec.europa.eu/sport/library/documents/b22/eu-workplan-sportresults-consultation-ms.pdf>.
- ²⁴⁴ Z.B. Geulen, Reiner, Die Vereinbarkeit des deutschen Sportförderungsrechts mit

dem Wettbewerbsrecht der EU, NVwZ 2012, 1517; Geulen, Reiner / Mauer, Norbert, Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der staatlichen Förderung von Amateursportvereinen, Sport und Recht 2013, 178.

²⁴⁵ Z.B. EuGH v. 30.04.2000 – C-176/96, EuGHE 2000, I-2681: „Angesichts der Ziele der Gemeinschaft fällt die Ausübung von Sport insoweit unter das Gemeinschaftsrecht, als sie zum Wirtschaftsleben im Sinne von Artikel 2 EG-Vertrag gehört. . . Der Gerichtshof hat der sportlichen Tätigkeit in der Gemeinschaft außerdem eine beträchtliche soziale Bedeutung zugesprochen (vgl. Urteil Bosman, Randnr. 106).“

²⁴⁶ EuGH v. 01.07.2008 – C-49/07, EuGHE 2008, I-4863, zur Veranstaltung von Motorrennen: „Eine juristische Person, die Sportwettkämpfe veranstaltet und in diesem Rahmen Sponsoring-, Werbe- und Versicherungsverträge zur kommerziellen Nutzung dieser Wettkämpfe schließt und für die diese eine Einkunftsquelle sind, ist als Unternehmen im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft anzusehen. Der Umstand, dass eine Tätigkeit eine Verbindung zum Sport aufweist, steht der Anwendung der Regelungen des Vertrags nicht entgegen; dies gilt auch für die Regelungen des Wettbewerbsrechts.“ Der EuGH nimmt Bezug auf seine Urt. v. 12.12.1974 – C- 36/74, EuGHE 1974, 1405, Rndnr. 4 „Walrave und Koch“; EuGH v. 15.12.1995 – C-415/93, EuGHE 1995, I-4921, Rndnr. 73 „Bosman“; EuGH v. 18.06.2006 – C-519/04 P, EuGHE 2006, I- 6991, Rn. 22 und 28 „Meca-Medina und Majcen/Kommission“.

²⁴⁷ EuGH v. 18.07.2006 – C-519/04 „Meca-Medina und Majcen / Kommission“: „Was die Trennung der wirtschaftlichen Aspekte einer sportlichen Tätigkeit von ihren sportlichen Aspekten betrifft, so stehen die Gemeinschaftsbestimmungen über die Freizügigkeit und den freien Dienstleistungsverkehr Regelungen oder Praktiken nicht entgegen, die aus nichtwirtschaftlichen Gründen, die mit dem spezifischen Charakter und Rahmen bestimmter Begegnungen zusammenhängen, gerechtfertigt sind. Diese Beschränkung des Geltungsbereichs der fraglichen Bestimmungen darf jedoch nicht weiter gehen, als ihr Zweck es erfordert. Sie kann daher nicht herangezogen werden, um eine sportliche Tätigkeit im Ganzen vom Geltungsbereich des Vertrages auszuschließen.“

²⁴⁸ Ruffert in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 2011, Art. 165 Rn. 16.

²⁴⁹ Entschließung v. 21.05.2014 C 183/12 ABl EU 14.06.2014. Als „vorrangiges Schwerpunktthema“ soll behandelt werden „die wirtschaftliche Dimension des Sports, insbesondere die nachhaltige Finanzierung des Sports, der bleibende Nutzen von Sportgroßveranstaltungen, die wirtschaftliche Bedeutung des Sports und Innovation“.

²⁵⁰ Beschluss des Deutschen Bundestages auf Empfehlung des Sportausschusses v. 02.07.2009 BT-Drs. 16/13058, auf Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD v. 03.12.2008 BT-Drucks. 16/11217 -Gesellschaftliche Bedeutung des Sports; BT-PlPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PlPr 16/230, S. 25639D – 25658C.

²⁵¹ European Council (2000). Nice declaration: Declaration on the specific

characteristics of sport and its social function in Europe; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URIS-ERV:l35007>.

- 252 Zur Autonomie des Sports haben die europäischen Verbände einen Forderungskatalog (mit 16 Forderungen) für die Definition der Autonomie des Sports aufgestellt. Gefordert wird darin vor allem das Recht, Sportregeln autonom festlegen und abändern zu können. S.
<http://www.sportministerium.at/de/themen/europaeische-sportpolitik/europarat>.
- 253 http://www.sportministerium.at/files/doc/Gesetze/Eu-Recht/NeueEuropaeischeSport_1975.pdf..
- 254 http://www.sportministerium.at/files/doc/Gesetze/Eu-Recht/EthikCodex_FairPlay.pdf.
- 255 Udo Steiner, Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 3: „Es ist die Sonderethik des Sports, Privatethik und Sozialethik zugleich, die einer wertpluralistischen Gesellschaft vom Staat und seiner Rechtsordnung nicht verbindlich auferlegt werden kann.
- 256 Regierungsbegründung zum Niedersächsischen Sportgesetz, LT-Drucksache 16/4979 S. 4: „Das Land . . . arbeitet mit den Sportorganisationen des Landes partnerschaftlich zusammen.“
- 257 S. auch Nolte, Staatliche Verantwortung im Bereich Sport, S. 105 ff., zum Subsidiaritätsprinzip.
- 258 Handbuch des Staatsrechts, § 87 Rn. 3. S. auch Steiner, Die Autonomie des Sports, 2003, S. 30 f.
- 259 S. auch Stellungnahme des Ausschusses der Regionen „Sport, Behinderung, Freizeit“ (2014/C 114/06) ABl. EU v. 15.04.2014 C 114/27: „. . . bekräftigt das Erfordernis, das Subsidiaritätsprinzip und die Unabhängigkeit der Leitungsorgane von Sportorganisationen, einschließlich der freien Sportorganisationen, voll und ganz zu respektieren.“
- 260 BT-Drucks. 17/2880 S. 17.
- 261 S. auch Persch, Sportförderung in Europa: Der neue Art. 165 AEUV, NJW 2010, 1917, 1918: Die Sportautonomie ist Teil der staatlichen Rechtsordnung.
- 262 BT-Drucks. 14/9517, S. 13.
- 263 Sportpolitik des Bundes,
http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Sport/Sportpolitik/sportpolitik_node.html.
- 264 <http://www.revosax.sachsen.de/GetXHTML.do?sid=7405112971615>;
<http://www.foerderdatenbank.de/Foerder-DB/Navigation/Foerderrecherche/suche.html?get=4aa561e46fff16fb87d819d09c769842;print;index&doc=11229&typ=FL>.
- 265 Sächsisches Amtsblatt vom 22.05.2009 S. 890 ff.; http://www.sachsen-gesetze.de/shop/saechsabl/2009/21/read_pdf. Zur Struktur der Sportförderung im Freistaat Sachsen
http://www.sport.sachsen.de/download/Sport/Sportfoerderung_Sachsen.pdf.

- 266 Sachsensport Oktober / November 2013, S. 16 ff., dort auch zur finanzierungstechnischen Funktionsweise und zur Steuerung der landesrechtlichen Sportförderung.
- 267 <http://www.schulsport-nrw.de/home/news-detail/video/pakt-fuer-den-sport-sichere-sportfoerderung-fuer-kinder-und-jugendliche.html>.
- 268 <http://www.mfkjks.nrw.de/presse/ministerpraesidentin-kraft-ministerin-schaefer-und-der-praesident-des-landessportbunds-walter-schneeloch-unterzeichnen-pakt-fuer-den-sport-sichere-sportfoerderung-fuer-kinder-und-jugendliche-14707/>.
- 269 Landtag von Baden-Württemberg 15. Wahlperiode Drucksache 15 / 2565 v.07.11.2012. Zur Zusammenarbeit mit dem organisierten Sport S. 7: „In den zurückliegenden Jahren konnte in gutem partnerschaftlichem Zusammenwirken mit der Sportorganisation das Ansehen des Landes Baden-Württemberg als herausragendes Sportland gefestigt werden.“
- 270 <http://www.sport-in-bw.de/cms/docs/doc5089.pdf>
- 271 § 3 Abs. 2 Satz 2 Gesetz zur Sportförderung in Mecklenburg-Vorpommern v. 09.09.2002.
- 272 Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen Nr. 116 v. 19.12.2012, S. 919.
- 273 Art. 1 § 3 des Ges. v. 07.12.2012, Nds.GVBl. Nr.31/2012 S. 544.
- 274 Körber-Stiftung, Wie finanzieren sich zivilgesellschaftliche Organisationen in Deutschland? Eine Sonderauswertung des ZiviZ-Surveys. Kurzfassung, Jan. 2015, S. 1 f.: »Staatsknete« für wenige: Öffentliche Mittel spielen im Gesamtfinanzierungsmix eine geringe Rolle. Der überwiegende Teil der Organisationen, rund zwei Drittel, bekommt keine öffentlichen Mittel. Eine Ausnahme sind die Erbringer sozialer Dienstleistungen, die öffentliche Mittel im großen Stil beziehen: Im Bereich der sozialen Dienste etwa finanzieren sich 20 Prozent der Organisationen überwiegend über öffentliche Mittel.
- 275 BT-Drucks. 17/2880 S. 30.
- 276 Beschluss des Deutschen Bundestages auf Empfehlung des Sportausschusses v. 02.07.2009 BT-Drs. 16/13058, auf Antrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD v. 03.12.2008 BT-Drucks. 16/11217 -Gesellschaftliche Bedeutung des Sports; BT-PIPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PIPr 16/230, S. 25639D – 25658C.
- 277 BT-Drucks. 14/8900, S. 305.
- 278 Z.B. § 8 Abs. 1 Gesetz zur Sportförderung in Mecklenburg-Vorpommern v. 09.09.2002: „Das Land gewährt gemeinnützigen Sportorganisationen und anderen gemeinnützigen Trägern sowie den Landkreisen, kreisfreien Städten und Gemeinden nach Maßgabe des Haushalts Zuwendungen für den Neubau, den Umbau, die Sanierung und Instandsetzung von Sportstätten.“
- 279 Jana Priemer, Dr. Anael Labigne, Dr. Holger Krimmer, In Kooperation mit der Körber-Stiftung, Wie finanzieren sich zivilgesellschaftliche Organisationen in Deutschland? Eine Sonderauswertung des ZiviZ-Survey
<http://www.ziviz.info/publikationen/publikationen-und-materialien/>:

Mitgliedsbeiträge sind mit Abstand die wichtigste Einnahmequelle. 84 Prozent der Organisationen erheben Mitgliedsbeiträge, für jede dritte sind sie die Haupteinnahmequelle. Zwei Drittel der Organisationen speisen ihre Einnahmen auch aus Markterträgen, zu denen etwa Eintrittsgelder für Veranstaltungen oder Gebühren für Dienstleistungen zählen. Ein Viertel finanziert sich überwiegend darüber – Tendenz steigend.

- 280 Weißbuch Sport, KOM(2007) 391, S. 13. „Die Sportorganisationen verfügen über verschiedene Einnahmequellen wie Vereinsbeiträge und Einnahmen aus dem Ticketverkauf, Werbeeinnahmen und Sponsorengelder, Medienrechte, Einnahmenumverteilung innerhalb der Sportverbände, Merchandising, öffentliche Unterstützung usw. . . . Im Breitensport können Chancengleichheit und freier Zugang zu sportlichen Aktivitäten nur durch eine massive staatliche Intervention gewährleistet werden. Die Kommission kennt die Bedeutung der öffentlichen Unterstützung für den Breitensport, und sie unterstützt diese Hilfen, sofern sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.“
- 281 EU-Kommission Sportdienstleistungen,
http://ec.europa.eu/internal_market/top_layer/services/sport/index_de.htm.
- 282 Mitteilung der Kommission „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“ v. 18.01.2011, KOM(2011) 12 endgültig, S. 3: „Die Konsultationen mit den Mitgliedstaaten ergaben einen weitgehenden Konsens darüber, dass folgende Themen auf der EU-Sportagenda ganz oben stehen sollten: gesundheitsfördernde körperliche Betätigung, Kampf gegen Doping, allgemeine und berufliche Bildung, ehrenamtliche Tätigkeit und gemeinnützige Sportorganisationen, soziale Integration im und durch den Sport, darunter auch Sport für Menschen mit Behinderungen und Gleichstellung der Geschlechter im Sport, nachhaltige Finanzierung des Breitensports und Good Governance im Sport. (Hervorhebung nicht im Original).“ S. auch DFB, Europäische Sportpolitik – Themenüberblick zu aktuellen sportpolitischen Fragestellungen in der EU, 6. Aufl. 2013, zum Arbeitsplan des EU-Sportministerrats 2011 — 2014.
- 283 KOM(2011) 12 endgültig, S. 8 f.
- 284 <http://ec.europa.eu/sport/library/documents/f-studies/final-rpt-may2013-study-monitoring-function.pdf>.
- 285 Bericht der Kommission v. 24.01.2014 über die Durchführung des Arbeitsplans der Europäischen Union für den Sport 2011-2014 COM(2014) 22 final S. 8.
- 286 Bericht der Kommission COM(2014) 22 (Fn. 285). S. 10.
- 287 C 183/12 ABI EU 14.06.2014. Als „vorrangiges Schwerpunktthema“ soll behandelt werden „die wirtschaftliche Dimension des Sports, insbesondere die nachhaltige Finanzierung des Sports, der bleibende Nutzen von Sportgroßveranstaltungen, die wirtschaftliche Bedeutung des Sports und Innovation“.
- 288 BT-Drucks. 16/11217.

- 289 BT-Drucks. 16/13058 (Beschlussempfehlung und Bericht).
- 290 BT-PlPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PlPr 16/230, S. 25639D – 25658C.
- 291 <http://www.diakonie.de/transparenzstandards-9321.html>: Diakonie und Caritas haben sich 2010 auf gemeinsame Transparenzstandards verständigt. Sie stellen einen bundeseinheitlichen Rahmen für die kirchlichen Wohlfahrtsverbände und ihre Rechtsträger dar. In der Praxis sollen sie als Selbstverpflichtung wirksam werden.
- 292 <http://www.diakonie.de/diakonie-corporate-governance-kodex-1652.html>: „Ziel des Kodex ist, die Arbeit von Einrichtungen transparenter zu machen. So soll das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Tätigkeit der Einrichtungen gestärkt, Kommunikations- und Verwaltungsstrukturen verbessert und gleichzeitig die Wirtschaftlichkeit gesteigert werden.“
- 293 <http://www.caritas.de/neue-caritas/heftarchiv/jahrgang2012/artikel/corporate-governance-ist-teilder-untern>. Aufgrund von Anstößen aus der Deutschen Bischofskonferenz sollen mit dem Corporate Governance Kodex (CGK) die Leitlinien für Unternehmensleitung und -überwachung transparent gemacht werden. Die Grundlage für seine Inhalte bilden neben dem Deutschen CGK auch der bundesdeutsche Diakonie-Kodex sowie der Kodex der Diakonie Württemberg. Darüber hinaus sollen spezifisch wertebezogene Regelungen für den sozial-caritativen Bereich entwickelt werden.
- 294 http://www.awo-informationsservice.org/uploads/media/AWO_Unternehmenskodex_2008.pdf.
- 295 Kaltschütz/Nahm/Parsche/Wellisch, Die Besteuerung gemeinnütziger Organisationen im internationalen Vergleich, ifo Institut für Wirtschaftsforschung, Forschungsbericht Nr. 24, 2005.
- 296 S. Ulrich Karpen, Die Funktion der Gemeinnützigkeit im Sozialstaat Deutschland – Insbesondere zur Aufgabe der Kirchen, Non Profit Law Yearbook 2009, 47.
- 297 Vgl. BFH v. 27.11.2013 – I R 17/12, DStR 2014, 944: Eine den Zweckbetrieb nach § 66 AO ausschließende Erwerbsorientierung ist dann gegeben, wenn damit Gewinne angestrebt werden, die den konkreten Finanzierungsbedarf des jeweiligen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs übersteigen.
- 298 Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung: „Heute umschreibt der Begriff einen Bereich innerhalb der Gesellschaft, der zwischen dem staatlichen, dem wirtschaftlichen und dem privaten Sektor angesiedelt ist. Die Zivilgesellschaft umfasst die Gesamtheit des Engagements der Bürger eines Landes – zum Beispiel in Vereinen, Verbänden und vielfältigen Formen von Initiativen und sozialen Bewegungen. Dazu gehören alle Aktivitäten, die nicht profitorientiert und nicht abhängig von parteipolitischen Interessen sind.
- 299 Ausführlich ZIVIZ-SURVEY 2012 – Zivilgesellschaft Verstehen, 2013, S. 11.
- 300 Ausführlich ZIVIZ-SURVEY 2012 – Zivilgesellschaft Verstehen, 2013, S. 8 ff.
- 301 Bericht v. 03.06.2002 BT-Drucks. 14/8900, 44 ff.

- 302 S. auch Deutscher Sportbund, Sport in Deutschland, 2003.
- 303 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 08.05.2008 zum Weißbuch Sport (2007/2261(INI)) P6_TA(2008)0198 ABl. EU v. 12.11.2009 C 271 E/51.
- 304 2011/2146(INI), ABl. EU v. 21.05.2013 – C 153E, S. 51 ff. „Beihilfenvorschriften für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“.
- 305 2011/2082(INI) – P7_TA-PROV(2011)0436.
- 306 2012/C 24/23) ABl. EU v. 28.01.2012 C 24/106.
- 307 1 2. Sportbericht der Bundesregierung v. 03.09.2010 BT-Drs. 17/2880, S. 10.
- 308 „Weißbuch Sport“ v. 11.7.2007 KOM(2007) 391 final.
- 309 Bundesnetzwerk Bürgerschaftliches Engagement, <http://www.b-b-e.de/bbe-mitglieder/gesamtverzeichnis/liste-der-mitglieder/deutscher-olympischer-sportbund-dosb/> Zur Bedeutung des Ehrenamtes im Sport s. auch DOSB, <http://www.dosb.de/de/sportentwicklung/demografische-entwicklung/sportfelder/das-ehrenamt/>.
- 310 Schlussfolgerungen des Rates betreffend den Beitrag des Sports zur Wirtschaft der EU, insbesondere zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit und zur Förderung der sozialen Inklusion v. 04.02.2014 2014/C 32/03 ABl. C 032 vom 04.02.2014, S. 2-5.
- 311 Sonderumfrage des Eurobarometers zu Freiwilligentätigkeit und Solidarität zwischen den Generationen, Oktober 2011.
- 312 BT-Drucks. 17/6672, S. 13.
- 313 Prognos Studie für AMB Generali, Engagementatlas 2009. Der Generali Engagementatlas 2015 – Rolle und Perspektiven Engagement unterstützender Einrichtungen in Deutschland enthält hierzu keine Angaben.
- 314 Schlussfolgerungen des Rates zur Bedeutung der Freiwilligentätigkeit im Sport für die Förderung der aktiven Bürgerschaft (2011/C 372/06), ABl. EU v. 20.12.2011.
- 315 Europäisches Parlament, Entschließung v. 10.12.2013 zur Freiwilligentätigkeit und ehrenamtlichen Tätigkeit in Europa (2013/2064(INI)) P7_TA-PROV(2013)0549 2013/2064(INI)).
- 316 Mitteilung der EU-Kommission „Erasmus für alle: Das EU-Programm für allgemeine und berufliche Bildung, Jugend und Sport“ v. 23.11.2011 KOM(2011) 787. Das Programm wird sich auf folgende Aspekte konzentrieren: Ausbau der *Good Governance* und der Wissensbasis für den Sport in der EU, Förderung gesundheitsfördernder körperlicher Betätigung, Ausschöpfung des Potenzials des Sports zur Förderung der sozialen Eingliederung, Unterstützung zweigleisiger Laufbahnen von Sportlerinnen und Sportlern durch die Verknüpfung des Sports mit der allgemeinen und beruflichen Bildung und Bekämpfung der länderübergreifenden Bedrohungen für den Sport, wie Doping, Spielabsprachen, Gewalt, Rassismus und Intoleranz.
- 317 EuGH v. 08.09.2011 – C-80/08, 2011, I-7611 „Paint Graphos“; hierzu Fischer,

jurisPR-SteuerR 47/2011 Anm. 1.

- 318 VO (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22.07.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) ABl. L 207 vom 18.8.2003, S. 1-24.
- 319 EU-Kommission, Mitteilung v. 23.02.2004 über die Förderung der Genossenschaften in Europa (KOM[2004] 18 endg.
- 320 Münkner, Die Rechtstypik der Genossenschaft in den Partnerstaaten der EG, Münster 1993, S. 1 ff.; Chr. Triebel, Dritter Sektor und Economie Sociale, 2005.
- 321 http://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89conomie_sociale_et_solidaire.
- 322 Rolf Greve, Genossenschaften: Entwicklung und Bedeutung, in: Zimmer/Weßels (Hrsg.), Verbände und Demokratie in Deutschland, 2001, S. 124 ff.
- 323 Entschließung des Europäischen Parlaments v.05.07.2011 zur Zukunft der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (2009/2222(INI)), ABl. EU v. 05.02.2013 C 33 E/65, Rn. 40.
- 324 Zuletzt in der Mitteilung v. 23.03.2011 KOM (2011) 146 endgültig – „Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“.
- 325 Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE). Begründungserwägungen Nrn. 8 und 9: „Bei Genossenschaften handelt es sich vor allem um Vereinigungen von natürlichen oder juristischen Personen, für die besondere und andere Funktionsprinzipien als für andere Wirtschaftssubjekte gelten. Dazu gehören beispielsweise das Prinzip der demokratischen Struktur und Kontrolle oder das der Verteilung des Netto-Jahresüberschusses nach dem Billigkeitsgrundsatz.“
- 326 Dies spiegelt sich in der Finanzierungsstruktur wider. S. Körber-Stiftung, Wie finanzieren sich zivilgesellschaftliche Organisationen in Deutschland?, S. 2: „Generell lassen sich zwei gegensätzliche Organisationstypen identifizieren: Moderne große Dienstleister in sozialstaatsnahen Bereichen mit einem Finanzierungsschwerpunkt durch Staat und / oder Markt auf der einen Seite und das selbstorganisierte Assoziationswesen mit sehr kleinen Organisationen, welche sich insbesondere über Mitgliedsbeiträge und Spenden finanziert.“
- 327 Ausführlich hierzu Schauhoff, Besteuerung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe und Wettbewerbsbeeinträchtigung, Gemeinnützigkeitsrecht – Quo vadis?, 2006, S. 9; Schauhoff, Wettbewerbsschutz und steuerliche Gemeinnützigkeit, GS für W. Rainer Walz, 2008, S. 661; Droge, Gemeinnützigkeit im Wettbewerb – Determinanten der Gemeinwohlförderung im offenen Steuerstaat, Non Profit Law Yearbook 2010/2011, S. 9 ff.; Wunsch, Die Wettbewerbsklausel des § 65 Nr. 3 AO als Schutznorm zugunsten nicht begünstigter Konkurrenten gemeinnütziger Körperschaften, 2002.
- 328 BVerfG v. 26.10.1976 – 1 BvR 191/74 – BVerfGE 43, 58, 70; BFH v. 18.09.2007 – I R 30/06 – BStBl II 2009, 126; Droge, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 218 ff., 413 ff., 419 ff.

- 329 Di Fabio, Wettbewerbsprinzip und Verfassung, ZWeR 2007, 267.
- 330 Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2012, § 6 Rn. 200 ff.
- 331 BFH v. 30.03.2000 – V R 30/99, BStBl II 2000, 705, unter Bezugnahme auf Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigung und Steuerliche Gemeinnützigkeit, 1991, S. 180.
- 332 Grundlegend Thomas Müller, Wettbewerb und Unionsverfassung, 2013, S. 113 ff.: „Wettbewerb als europäisches Verfassungsprinzip“.
- 333 Statt vieler Helios, Steuerliche Gemeinnützigkeit und EG-Beihilferecht, 2005; Oettler, Das deutsche Gemeinnützigkeitsrecht und die Europäische Union, 2008; Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 512 ff.; Leisner-Egensperger, Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, Vor §§ 51–69 Rz. 80 ff. Speziell zu Krankenhäusern in gemeinnütziger Trägerschaft Musil, Steuerliche Fragen der Gesundheitsreform, Teil I – Strukturreformen im Krankenhausbereich, 2010, S. 25 ff., 30 f.: Das Gemeinnützigkeitsrecht bewirkt keine Beihilfe.
- 334 EuGH v. 10.01.2006 – Rs. C-222/04 – Cassa di Risparmio, EuGHE 2006, I-289. Skeptisch insoweit Musil, DStR 2019, 2453 (2456).
- 335 Isensee, Handbuch des Staatsrechts, § 57 Rn. 59; Udo Di Fabio; Wettbewerbsprinzip und Verfassung, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 2007, S. 266 ff.
- 336 Unabhängige Sachverständigenkommission (Fn. 147), S. 156 ff., 163 ff.; Isensee/Knobbe-Keuk, Alternativgutachten, ebenda, S. 441 ff.
- 337 BVerfG v. 28.01.1970 – 1 BvL 4/65, BVerfGE 27, 375 (385); v. 26.10.1976 – 1 BvR 191/74, BVerfGE 43, 58 (70); BFH v. 11.04.1990 – I R 112/87, BStBl II 1990, 724; v. 15.10.1997 – II R 94/94, BFH/NV 1998, 150; v. 30.03.2000 – V R 30/99, BStBl II 2000, 705; v. 18.09.2007 – I R 30/06, BStBl II 2009, 126. Zu den verfassungsrechtlichen Determinanten der Wettbewerbsneutralität Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 218 ff., 413 ff., 419 ff.; Musil, DStR 2010, 2453.
- 338 Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 415 ff., 419 ff.
- 339 RFH v. 12.02.1935/26.3.1935 – I A 28/34, RStBl 1935, 855; BFH v. 21.08.1985 – I R 60/80, BStBl II 1986, 88.
- 340 Unabhängige Sachverständigenkommission (Fn. 147), S. 152, 164 f., 429 f.
- 341 Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 415.
- 342 BVerfG v. 11.02.1992 – 1 BvL 29/87, BVerfGE 85, 238, 245. S. auch BFH v. 10.07.2012 – XI R 22/10, BStBl II 2013, 291 – EuGH-Vorlage zur Frage des Anwendungsbereichs des ermäßigten Umsatzsteuersatzes auf Personenbeförderungsleistungen im Nahverkehr.
- 343 BFH v. 28.04.2014 – VII R 27/12, BFH/NV 2014, 1548.
- 344 BFH v. 27.10.1993 – I R 60/91, BStBl II 1994, 573; Bezugnahme auf BVerfG v. 26.10.1976 – 1 BvR 191/74, BVerfGE 43, 58, 70. Zutreffend führt der BFH aus:

Ein vermeidbarer Wettbewerb entfällt auch nicht deswegen, weil die Klägerin nur kostendeckende Einnahmen erzielt und der Wettbewerber aus Gründen der Eigenkapitalverzinsung Gewinnerzielungsabsicht hat. Das Wirtschaften nach dem Kostendeckungsprinzip stellt sich als solches schon als vermeidbare Wettbewerbsbeeinträchtigung dar, sofern nicht ein vorrangiges Allgemeininteresse, wie z.B. an der Förderung bedürftiger Personen besteht.

- 345 Z.B. BFH v. 30.03.2000 – V R 30/99, BStBl II 2000, 705 m.w.N; FG Bremen v. 11.12.2008 – 2 K 28/08 (1), EFG 2010, 527.
- 346 IFO-Institut Projektnummer 04/04 Gutachten im Auftrag BMF S. 6. Quelle: http://www.cesifo-group.de/de/ifoHome/research/Projects/Archive/Projects_OES/2005/rest_212268.html
- 347 BFH v. 17.02.2010 – I R 2/08 – BStBl II 2010, 1006; hierzu P. Fischer, jurisPR-SteuerR 33/2010 Anm. 2; Musil, DStR 2009, 2454; ausführlich P. Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, § 64 Rn. 9 ff.
- 348 BT-Drucks. 11/4176, 8, 10 f.; BT-Drucks. 11/4305, 2; Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 11/5582, 19, 24, 27; BFH v. 21.05.1997 – I R 164/94, BFH/NV 1997, 825.
- 349 Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 420 ff.
- 350 BFH v. 11.04.1990 – I R 122/87, BStBl II 1990, 724 – Kommunikationszentrum in Form eines Cafés; BFH v. 17.02.2010 – I R 2/08, BStBl II 2010, 1006; hierzu P. Fischer jurisPR-SteuerR 33/2010 Anm. 2, Hüttemann, Wirtschaftliche Tätigkeit, S. 185; Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigung und steuerliche Gemeinnützigkeit, 1991, S. 185 ff.
- 351 BFH v. 13.08.1986 – II R 246/81, BStBl II 1986; v. 23.11.1988 – I R 11/88, BStBl II 1989, 391; v. 15.12.1993 – X R 115/91, BStBl II 1994, 314 – Abfallbeseitigung.
- 352 Zum „Eine Welt-Laden“ FG Baden-Württemberg. v. 11.02.1998 – 12 K 217/96 – EFG 1998, 846.
- 353 RFH v. 25.09.1928 – II A 283/28, RFHE 24, 123, betr. „kommunalen Eingriff in die Milchversorgung“. Der Zweck, „minderbemittelten Personen Hilfe in ihrer Privatwirtschaft zu gewähren“, könne „unbedenklich Gemeinnützigkeit i.S. des Gesetzes begründen“. Die Verbilligung von Lebensmitteln für hilfsbedürftige Bevölkerungskreise ist ein „ideeller“ und gemeinwohldienlicher Zweck.
- 354 RFH v. 30.03.1930 – II A 40/30, RStBl 1930, 241.
- 355 Ausf. Hüttemann, Wirtschaftliche Tätigkeit, S. 187 ff. Zur Rechtstradition s. Muensterberg, Die deutsche Armengesetzgebung und das Material zu ihrer Reform, 1887.
- 356 RFH v. 22.12.1920 – II B 38/20, RFHE 4, 142; v. 24.09.1937 – VIa 42/37, RStBl 1937, 536.
- 357 RFH v. 5.07.1938 – VIa 42/37, RFHE 44, 234 = RStBl 1938, 828.
- 358 RFH v. 24.07.1937 – VIa A 1/35, RStBl. 1937, 1103.

- 359 RFH v. 23.10.1937 – VIa 70/37, RFHE 42, 226 = RStBl 1937, 1160.
- 360 Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 193: „Die Lebensnotwendigkeit eines Gutes allein kann wie das einfache Beispiel des täglichen Brotes zeigt, die staatliche Garantenpflicht noch nicht auslösen. Hinzukommen muss, dass der – aufgrund der Angewiesenheit des Einzelnen für erforderlich gehaltene – gerechte Zugang zu diesem Gut für alle durch eine allein in privater Verantwortung liegende Produktion nicht sichergestellt werden kann. Das ist immer dann der Fall, wenn der einzelne Produzent für seinen Aufwand von den Nutzern keinen angemessenen Preis verlangen kann.“
- 361 Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigung, S. 190.
- 362 P. Fischer, juris-PRSteuerR 14/2008, Nr. 1.
- 363 Zu einem anderen Beispiel der Jugendförderung s. BT-Drucks. 17/8924 v. 03.07.2012 „Reisen für Kinder und Jugendliche ermöglichen – Förderung sicherstellen und „Aktionsplan Kinder- und Jugendtourismus in Deutschland“ weiterentwickeln“.
- 364 Mitteilung der Kommission v. 26.04.2006 „Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union“ KOM(2006) 177 endg., S. 5.
- 365 BFH v. 13.06.2012 – I R 71/11, BFH/NV 2013, 89: Da § 65 Nr. 3 AO dem Schutz des Wettbewerbs dient, ist ein steuerbegünstigter Zweckbetrieb nur dann zu bejahen, wenn der Geschäftsbetrieb (hier: Mahlzeitendienst) nicht nur ein notwendiges Mittel zur Erreichung des ideellen Zwecks der Körperschaft ist, sondern sich auch in seinem Umfang auf den zur Erreichung dieses Zwecks erforderlichen Umfang beschränkt. Kritisch hierzu Fischer, jurisPR-SteuerR 2/2013 Anm. 1.
- 366 EuGH v. 21.03.2002 – C-174/00, EuGHE I 2002, 3293, Rn 21 „Kennemer Golf & Country Club“.
- 367 A.a.O. (Fn. 366). In seinen Schlussanträgen v. 13.12.2001 – C-174/00 (EuGHE I 2002 S.03293) hatte Generalanwalt Jacobs ausgeführt: „(24) . . . Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen gewerblichen Einrichtungen und Einrichtungen ohne Gewinnstreben können . . . verhindert werden gemäß Artikel 13 Teil A Absatz 2 Buchstabe a vierter Gedankenstrich . . . oder gemäß Artikel 13 Teil A Absatz 2 Buchstabe b zweiter Gedankenstrich (wonach die Befreiung für Dienstleistungen oder die Lieferung von Gegenständen ausgeschlossen ist, wenn sie im Wesentlichen dazu bestimmt sind, Einnahmen durch Tätigkeiten zu verschaffen, die in unmittelbarem Wettbewerb mit Tätigkeiten von der Mehrwertsteuer unterliegenden gewerblichen Unternehmen stehen)“.
- 368 BFH v. 27.11.2013 – I R 17/12, BFH/NV 2014, 984; hierzu P. Fischer, jurisPR-SteuerR 24/2014 Anm. 1.
- 369 Vgl. allgemein kritisch Trzaskalik, StuW 1986, 219, 226.
- 370 Rat der Europäischen Union v. 20.11.2008 – 16062/09 – SOC 704.

- 371 Schlussfolgerungen des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten v. 27.11.2012 zur Unterstützung gesundheitsfördernder körperlicher Aktivität (2012/C 393/07), ABl. EU v. 19.12.2012 C 393/22.
- 372 Zwölftes Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/1997, BT-Drucks. 13/11291, 419 ff.; hierzu weiterführend K. Ipsen, Gemeinschaftsrechtliche Tendenzen und Gemeinnützigkeit, in FS Kruse, 2001, S. 557 f., 572 ff.
- 373 Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland – 14. Kinder- und Jugendbericht – v. 30.01.2013, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 24, Tab. 3.
- 374 A.a.O. (Fn. 373) S. 149 ff.
- 375 Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAFWG), Memorandum „Zivilgesellschaftlicher Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“, 2004: „Soziale Dienste der Wohlfahrtsverbände unterscheiden sich vor allem durch die Wertgebundenheit der Träger und ihrer Verbände von den sonstigen Anbietern sozialer Dienste. Sie sind geprägt durch das breite Spektrum ihrer unterschiedlichen humanitären, weltanschaulichen und religiösen Zielsetzungen. Dieses Spektrum, das an die unterschiedlichen Motivationen und Wertvorstellungen der im ‚Vorraum‘ der Hilfe tätigen Personen anknüpft, schlägt sich in den jeweiligen Leitbildern und Hilfekonzepten der Verbände und ihrer Einrichtungen ebenso wie in der einzelnen Hilfeleistung nieder.“
- 376 Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAFWG), Memorandum „Zivilgesellschaftlicher Mehrwert gemeinwohlorientierter sozialer Dienste“, 2004.
- 377 Vgl. Schauhoff/Kirchhain, Gemeinnützigkeit im Umbruch durch Rechtsprechung, DStR 2008, 1713.
- 378 EU-Kommission, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 12.05.2004 KOM(2004) 374 endg.
- 379 Musil, DStR 2009, 3454 ff.: „Die Steuervergünstigung ist gewissermaßen der Ausgleich für die Beachtung zahlreicher Restriktionen.“ Musil, Steuerliche Fragen der Gesundheitsreform, Teil I, 2010, S. 27 ff., 30 f.; Heintzen/Musil, Das Steuerrecht des Gesundheitswesens, Rz. 105 ff.
- 380 Bericht der Enquete-Kommission „Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements“ – Bürgerschaftliches Engagement: auf dem Weg in eine zukunftsfähige Bürgergesellschaft, BT-Drucks. 14/8900, 6.
- 381 Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 380), S. 237 ff.
- 382 Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 380), S. 90 ff.
- 383 Zu Recht heißt es im Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 359) auf S. 232: „Die Einrichtungen der Freien Wohlfahrtspflege, die Vereine, Stiftungen oder andere Verbände wären kaum in der Lage, ihre wohlfahrtsökonomischen Leistungen ohne bürgerschaftliches Engagement zu erbringen.“
- 384 Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 380), S. 91.

- ³⁸⁵ Bericht der Enquete-Kommission, S. 184: „Der bisherige Spagat der Wohlfahrtsverbände zwischen den zwei Welten voll professionalisierter Versorgungsbetriebe und kleiner Organisationen, die durch ein Bündel sozialer und bürgergesellschaftlicher Ziele und Ressourcen geprägt werden, ist einer Zerreißprobe ausgesetzt.“
- ³⁸⁶ Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 380), S. 279.
- ³⁸⁷ Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 380), S. 279.
- ³⁸⁸ Bericht der Enquete-Kommission (Fn. 380), S. 276. „Ob bürgerschaftliches Engagement in der Verbändewohlfahrt eine Zukunft hat, hängt also letztlich davon ab, ob das Element des bürgerschaftlichen Engagements einen zentralen und konstitutiven Stellenwert im Kontext von Prozessen der Leitbild- und Konzeptentwicklung erhält.“
- ³⁸⁹ Hüttemann, Steuervergünstigungen wegen Gemeinnützigkeit und europäisches Beihilfenverbot, DB 2006, 914 ff.
- ³⁹⁰ Droege, Gemeinnützigkeitsrecht im Wettbewerb – Determinanten der Gemeinwohlförderung im offenen Steuerstaat, Non Profit Law Yearbook 2010/2011, S. 20.

- 391 Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 415 ff.
- 392 Droege, a.a.O. (Fn. 391), S. 419.
- 393 Landessportbund NRW (Hrsg.), Der Sportverein als Betreiber eines Fitnessstudios, Nov. 2014, S. 5.
- 394 Hüttemann, Steuervergünstigungen wegen Gemeinnützigkeit und europäisches Beihilfenverbot, DB 2006, 914; M. Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 512 ff.
- 395 EuGH v. 01.07.2008 – C-49/07, EuGHE 2008, I-4863: „Ein System nicht verfälschten Wettbewerbs, wie es der Vertrag vorsieht, kann nämlich nur gewährleistet werden, wenn die Chancengleichheit zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern sichergestellt ist.“
- 396 Z.B. Stürz, Die staatliche Förderung der christlichen karitativen Kirchentätigkeit im Spiegel des europäischen Beihilferechts, 2008; A. G. Berger, Die staatliche Finanzierung der kirchlichen Wohlfahrtspflege und das europäische Beihilfeverbot, 2007; A. Lehmann, Krankenhaus und EG-Beihilferecht, 2008; Gilberg, Die Förderung gemeinnütziger Körperschaften durch öffentliche Aufträge und Dienstleistungskonzessionen, 2011; J. Kühling/Pisal, Der Zweckbetrieb im Gemeinnützigkeitsrecht und staatliche Beihilfen – Marktliberalismus contra Europäisches Sozialmodell?, Non Profit Law Yearbook 2009, 115. A.A. Müller-Franken, Staatliche Religionsförderung und Europarecht, in Pulte / Hense (Hrsg.), Grund und Grenzen staatlicher Religionsförderung, 2014, S. 185 ff.
- 397 Bertelsmann-Stiftung / Maecenata Institut für Dritter-Sektor-Forschung (Hrsg.), Expertenkommission zur Reform des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts – Materialien, 2000; insbes. Stellungnahme „Reform des Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrechts“, S. 344 ff., 353 ff., dem zustimmend Droege, Gemeinnützigkeit im offenen Steuerstaat, 2010, S. 250.
- 398 Abrufbar im Portal Deutsche Bank Research <http://www.dbresearch.de>. „Mit der angebotsseitigen Ausdifferenzierung der Märkte mehren sich Forderungen nach einheitlichen Wettbewerbsbedingungen. Deshalb dürften staatliche Unterstützungen der Freien Wohlfahrtspflege wie Steuervergünstigungen auf den Prüfstand kommen.“ „Gemeinwohlorientierung, wie sie für die Freie Wohlfahrtspflege prägend ist, ergibt sich schließlich nicht nur aus der Unternehmensform, sondern vorwiegend aus der Unternehmenskultur.“ (<http://www.dbresearch.de/>).
- 399 http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Germany/Local%20Content/Articles/10_PS/2013/PS_Jobmotor_2013_Webformat.pdf
„Im Wesentlichen zeigen sich bei der Modernisierung des Sektors zwei Entwicklungen: die Einführung des Wettbewerbsprinzips sowie das Kontraktmanagement. Insgesamt wird sich der Verbände-Korporatismus auflösen, was eine weitere Privatisierungswelle auslösen wird.“
- 400 EuGH v. 07.03.2002 – C-310/99, EuGHE 2002, I-2289, Randnr. 65

„Italien/Kommission“.

- 401 Arbeitsdokument der Kommissionsstellen zur Zusammenfassung und Folgenabschätzung zum Weißbuch Sport, KOM(2007) 937, S. 28. Ausführlich M. Schröder in Birnstiegel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), Europäisches Beihilferecht, Art. 107 Abs. 3 AEUV, Kultur- und Sportbeihilfen, Rn. 2107 ff.
- 402 EU-Kommission v. 09.11.2011 – SA.31722.
- 403 Ausführlich zum Begriff des Unternehmens und der wirtschaftlichen Tätigkeit: Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (2012/C 8/02) ABl. EU v. 11.1.2012 C 8/4 „DAWI-Mitteilung“ Rn. 8; Erwägungsgrund Nr. 4 zu De-minimis-VO (EU) Nr. 1407/2013.
- 404 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 17 ff. – „Soziale Sicherheit“; Rn. 21 ff. – „Gesundheitsfürsorge“; Rn. 26 ff. – „Bildungswesen“. Magiera, Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge durch das EG-Beihilferecht? In Festschrift für Rauschning, 2001, S. 269 ff., 278 f., mit Nachweisen der Rechtsprechung des EuGH. Grundlegend ist die Leitentscheidung des EuGH v. 17.06.1997 – C-70/95, EuGHE 1997 I-3395, 3436 ff. „Sodemare“ Rz. 41 ff.
- 405 Ständige Rechtsprechung des EuGH; DAWI-Mitteilung (Rn. 403) unter 2. 2.1. Rn. 9, mit Nachweisen der Rechtsprechung des EuGH: Auch Einheiten ohne Erwerbszweck können Güter und Dienstleistungen auf einem Markt anbieten.
- 406 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 11 f.
- 407 EuGH v. 19.12.2012 – C-288/11 P „Mitteldeutsche Flughafen und Flughafen Leipzig-Halle/Kommission“ Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung.
- 408 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 9, m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH: Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Gerichts können auch Einheiten ohne Erwerbszweck Güter und Dienstleistungen auf einem Markt anbieten.
- 409 Vgl. DAWI-Mitteilung, (Fn. 403) Rn. 9.
- 410 Zu einer Naturschutzorganisation EuGH v. 12.09.2013 – T-347/09, ZUR 2013, 602 = NuR 2013, 882 „Deutschland / Kommission“, betr. staatliche Beihilfe durch unentgeltliche Übertragung bestimmter Flächen des Nationalen Naturerbes; Maßnahmen zur finanziellen Förderung von Naturschutzgroßprojekten.
- 411 EuGH v. 10.01.2006 – C-222/04, EuGHE 2006, I-289, Rn. 122 und 123 „Cassa di Risparmio di Firenze u. a.“; v. 01.07.2008 – C-49/07, EuGHE 2008, I-486.
- 412 In diesem Sinne EuGH v. 18.06.2006 – C-519/04 P, EuGHE 2006, I-6991, „Meca-Medina und Majcen/Kommission“ Rn. 22 ff., m.w.N.: „Nach den Zielen der Gemeinschaft fällt die Ausübung des Sports insoweit unter das Gemeinschaftsrecht, als sie zum Wirtschaftsleben im Sinne von Artikel 2 EG gehört. . . . Der Gerichtshof hat jedoch festgestellt, dass die in diesen Bestimmungen des EG-Vertrags enthaltenen Verbote nicht für Fragen gelten, die

ausschließlich von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben.“ Die Entscheidung betrifft die Beurteilung der Dopingkontrollen des Internationalen Olympischen Komitees nach europäischem Kartellrecht.

- 413 DAWI-Mitteilung (Fn. 403), unter 2.1.1. Rn. 9. S. auch Beschluss der EFTA-Behörde Beschl. der EFTA-Überwachungsbehörde Nr. 12/12/KOL, ABl. EU L 161/12 v. 13.06.2013, Teil VI.
- 414 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 10 mit Nachweisen der Rechtsprechung des EuGH; Erwägungsgrund Nr. 4 der De-minimis-VO (EU) Nr. 1407/2013, mit Hinweis auf die Kriterien für die Bestimmung des Begriffs „verbundene Unternehmen“.
- 415 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 13, mit Nachweisen der Rechtsprechung des EuGH und auf die Beschlusspraxis der EU-Kommission, z.B. Beschluss 2011/501/EU der Kommission vom 23.02.2011 über die staatliche Beihilfe C 58/06 (ex NN 98/05) Deutschlands für Bahnen der Stadt Monheim (BSM) und Rheinische Bahngesellschaft (RBG) im Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (ABl. L 210 vom 17.8.2011, S. 1), Erwägungsgründe 208 und 209: „Die Tatsache, dass die Unternehmen möglicherweise als interne Unternehmen eingestuft werden, verhindert nicht mögliche Auswirkungen auf den Wettbewerb, da diese Unternehmen zusammen mit anderen öffentlichen und privaten Unternehmen auf einem Markt tätig sind.“
- 416 So Scharf in Münchener Kommentar (a.a.O.) Rn. 1193.
- 417 EU-Kommission v. 05.12.2012 C(2012) 8761 final Staatliche Beihilfe SA.33952 (2012/NN) – Deutschland Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins.
- 418 EU-Kommission v. 11.06.2014 C(2014) 3602 final, SA.33575 (2013/NN) – Czech Republic Support from central government to non-profit sport facilities.
- 419 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 31 ff.; EuGH v. 19.03.2013 – C-399/10 P und C-401/10 P, C- 399/10 P, C-401/10 P, Leuze 2013, 393.
- 420 EuGH v. 19.03.2013 – C-399/10 P und C-401/10 P, C-399/10 P, C-401/10 P, EuZW 2013, 393.
- 421 Ausführlich DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 31 ff.
- 422 EuGH v. 29.04.2004 – C 159/01, EuGHE 2004, I 4461 „Niederlande/Kommission“ Rn. 51; EuGH v. 03.03.2005 – C 172/03, EuGH 2005, I 1627 „Heiser“ Rn. 46.
- 423 EuGH v. 08.09.2011 – C-78/08 – C-80/08 – EuGHE 2011, I-7611 „Paint Graphos u.a.“ Rn. 49.
- 424 EuGH v. 09.10.2014 – C-522/13, HFR 2014, 1134.
- 425 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 38.
- 426 Die DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 39 bemerkt hierzu: Ein relativ geringer Beihilfebetrug oder ein relativ kleines begünstigtes Unternehmen lassen nicht grundsätzlich darauf schließen, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wird.

- ⁴²⁷ EU-Kommission v. 12.01.2001, Staatliche Beihilfe – Deutschland, N 258/2000, SG(2001) D/285046 (Fn. 570). Dieses Beispiel wird in der DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 40 zitiert. S. hierzu Orth, Mark-E., Freizeitbad Dorsten und Stadion Löffelhausen – EG-Beihilferecht und öffentliche Finanzierung von Sportanlagen, Sport und Recht, 2003, 149.
- ⁴²⁸ State aid SA.36882 (2013/N) – Italy Support for skiing areas of local interest in Tuscany Brussels, 19.12.2013 C (2013) 9675 final.
- ⁴²⁹ Case N 731/2007 Italy – Aid to local ski resorts in Veneto, OJ C/106/2008 v. 27.02.2008.
- ⁴³⁰ EU-Kommission, Entscheidung v. 19.12.2013 C (2013) 9675 final, State aid SA.36882 (2013/N) – Italy. Die Kommission verweist auf Entscheidungen betreffend Seilbahnen in den Provinzen Bozen, Aosta-Tal, Prada-Cosstabella und Veneto: These decisions recognize that „installations for sports activities in areas with few facilities for the practice of winter sports and tourism capability tend to have a limited purely local catchment and are not capable of attracting users who have the option to opt for sport facilities located in other Member States. Consequently, the aid concerning this type of facilities is generally not able to affect trade between the Member States and therefore does not fall within the scope of Article 107(1) TFEU“.
- ⁴³¹ EU-Kommission v. 17.06.2011 C(2011)4318 final State aid SA.32737 (2011/N) – Greece Aid for the renovation and upgrading of the Parnassos ski resort: „ . . . according to the Commission’s decision practice, in the case of cableway installations for purely local use, located in areas with little or no tourism capability and a limited number of winter sports facilities, users would mainly be residents and typically would not have a destination in another Member State as an alternative. It could then be accepted that in this case, State financing does not distort competition and affect trade between Member States and therefore does not constitute State aid within the meaning of Article 107(1) of the TFEU.“
- ⁴³² DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 40.
- ⁴³³ Entscheidung der Kommission in der Sache N 630/03 — Italien — Unterstützung für örtliche Museen in Sardinien (ABl. C 275 v. 8.12.2005, S. 3).
- ⁴³⁴ Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, S. 18 ff. www.hsgb.de/mcwork/files/download/1160.
- ⁴³⁵ EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1521 final; Staatliche Beihilfe SA.35440 (2012/N) – Deutschland Multifunktionsarena der Stadt Jena.
- ⁴³⁶ EU-Kommission v. 02.10.2013 C(2013) 5839 final Staatliche Beihilfe SA.36105 (2013/N) – Deutschland Fußballstadion Chemnitz: „(29) Folglich ist das Stadion nur auf regionaler Ebene von Bedeutung, und die Wirtschaftstätigkeit des Drittligavereins CFC (= FC Chemnitz) als Beihilfeempfänger hat nur sehr begrenzte Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb zwischen Mitgliedstaaten.“
- ⁴³⁷ Bezugnahme EU-Kommission v. 24.05.2001 Beihilfe Nr. 118/2000 Frankreich

Staatliche Subventionen für professionelle Sportklubs. S. die unten zu Fn. 504 wiedergegebene Pressemitteilung.

- 438 Bezugnahme auf die Beihilfesache SA.31722 – Aid to sport in Hungary (Sportförderung in Ungarn); hierzu unten Abschn. V.4.
- 439 Auf diese Begründungserwägung nimmt der Regierungsentwurf eines VergRModG Bezug; s. BT-Drucks. 18/6281, S. 115. Die von der Richtlinie 2014/24/EU in den Artikeln 74 ff. eröffnete Flexibilität für öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen wird nunmehr im deutschen Vergaberecht im GWB aufgegriffen.
- 440 Latzel, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht, 2014, 673; Höfer / Nolte, Das neue EU Vergaberecht und die Erbringung sozialer Leistungen, Neue Zeitschrift für Sozialrecht, 2015, 441; Oberndörfer / Lehmann, Die neuen EU-Vergaberichtlinien: Wesentliche Änderungen und Vorwirkungen, BB 2015, 1027.
- 441 Z.B. unterfallen reine Krankentransporte einem vereinfachten Verfahren für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen der EU-Vergaberichtlinien (siehe beispielsweise Artikel 10 Buchstabe h der Richtlinie 2014/24/EU „mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung“), umgesetzt im Entwurf des § 130 GWB i.d.R. des VergR-ModG; s. Regierungsentwurf BT-Drucks. 18/6281 S. 79.
- 442 Regierungsentwurf BT-Drucks. 18/6281 S. 114 ff. Artikel 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU unterstellen bestimmte soziale und andere besondere Dienstleistungen besonderen erleichterten Beschaffungsregelungen (Sonderregime). Diese sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen sind im Einzelnen im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführt.
- 443 EuGH v. 18.11.2010 – C-322/09 P, EuGHE 2010, I-11911 „NDSHT ./Kommission“ Rn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH v. 18.07.2013 – C-6/12, DStR 2013, 1588 = IStR 2013, 635 „P Oy“.
- 444 Legaldefinition in Art. 1 Buchst. b Unterbuchst. i der VO (EG) Nr. 659/1999 v. 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 EGV.
- 445 EuGH v. 18.07.2013 – C-6/12, DStR 2013, 1588 = IStR 2013, 635 „P Oy“.
- 446 BFH v. 27.11.2013 – I R 17/12, BFH/NV 2014, 984; Anm. Fischer, jurisPR-SteuerR 24/2014 Anm. 1.
- 447 EuGH v. 24.07.2003 – C-280/00, EuGHE 2003, I-7747 „Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH“.
- 448 EuGH, Urt. in der Rs. Urteil Altmark Trans (Fn. 448).
- 449 EuG v. 12.09.2013 – T-347/09; Urt. in der Rs. Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg (Fn. 448) Rn. 88.
- 450 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 47 ff.; dort auch zum Betrauungsakt Rn. 51 ff.
- 451 EuGH, Urt. in der Rs. Urteil Altmark Trans (Fn. 448) Rn. 89; DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 47 ff.; zum Betrauungsakt Rn. 51.

- 452 EuGH, Urt. in der Rs. Urteil Altmark Trans (Fn. 448) Rn. 90; DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 54 ff.
- 453 EuGH, Urt. in der Rs. Urteil Altmark Trans (Fn. 448) Rn. 92; DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 60 ff.
- 454 EuGH, Urt. in der Rs. Urteil Altmark Trans (Fn. 448) Rn. 93.
- 455 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 62 ff.
- 456 VO (EG) Nr. 1370/2007 v. 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70, ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1.
- 457 Im Handbuch Europäisches Beihilferecht S. 63 wird als „Praxistipp“ formuliert: Die Altmark-Trans-Lösung ist. . . allenfalls dann erwägenswert, wenn a. besondere Freistellungstatbestände wie beispielsweise die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung oder die De-minimis-Verordnung nicht einschlägig sind, b. die staatliche Ausgleichsleistung einen Betrag von 15 Millionen Euro p. a. überschreitet (= Höchstbetrag für die Befreiung von der Notifizierungspflicht nach dem Freistellungsbeschluss 2012/21/EU), und c. eine Notifizierung der Beihilfe gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV vermieden werden soll.
- 458 EU-Kommission Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03) ABl. EU v. 04.04.2014 C 99/3, Rn. 69.
- 459 S. hierzu Markus Kotzur (Fn. 13), S. 04 ff.; M. Knauff, Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, 725.
- 460 Anhand der DAWI-Mitteilung und der VO (EU) Nr. 360/2012 (68) ist zu beurteilen, ob die öffentliche Förderung einer DAWI eine staatliche Beihilfe i.S. des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung einer DAWI werden nach dem Beschluss 2012/21/EU der Kommission und dem DAWI-Rahmen geprüft. Zusammen bilden diese vier Dokumente das „DAWI-Paket“.
- 461 ABl. EU v. 11.01.2012 – C 8/15.
- 462 Beschluss der Kommission 2012/21/EU v. 21.2, ABl. EU L 7 vom 11.1.2012, S. 3.
- 463 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse v. 11.1.2012 (2012/C 8/02), ABl. EU C 8/4.
- 464 VO (EU) Nr. 360/2012 der Kommission v. 25.04.2012, ABl. L 114 vom 26.4.2012, S. 8; VO (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission v. 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. EU v. 12.12.2013, L 352/1.
- 465 EU-Kommission, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 S. 7.
- 466 DAWI-Mitteilung (Fn. 403).

- 467 S. hierzu die Kritik im Handbuch Europäisches Beihilferecht, S. 15: Die Kommission habe soweit ersichtlich seit 2003 in keinem einzigen Beihilfeverfahren den Nachweis der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens mit der Folge akzeptiert, dass bereits tatbestandlich keine Beihilfe gegeben war. In den wenigsten Fällen dürften belastbare Vergleichsdaten anderer Unternehmen der jeweiligen Branche in ausreichender Zahl vorhanden sein.
- 468 Vgl. EU-Kommission Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03) ABl EU v. 04.04.2014 C 99/3, dort Rn. 49.
- 469 S. insbesondere Ulrich Karpen, Die Funktion der Gemeinnützigkeit im Sozialstaat Deutschland – Insbesondere zur Aufgabe der Kirchen, Non Profit Law Yearbook 2009, 47, 49.
- 470 Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in HdbStR Bd. III, § 57 Rz. 97, 163 ff.
- 471 Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände, Deutscher Städtetag, BAWG Gemeinsame Stellungnahme zur Evaluation des „Monti-Kroes-Pakets“ http://www.bagfw.de/uploads/media/2010-06-16_gemeinsame_Stellungnahme_BV_Wohlfahrtsverb%C3%A4nde.pdf.
- 472 Zutreffend Kube, DStR 2005, 469 (472): Der wettbewerbsschützende Zweck der Grundfreiheiten verlange, jegliche Tätigkeit von Marktakteuren im Wirtschaftsleben zu erfassen. Allerdings verschaffe die der Leistungsfähigkeit entsprechende Steuerfreistellung gemeinnütziger Körperschaften keine finanziellen Vorteile i.S. des Beihilfetatbestands, sondern kompensiere die Lasten des gemeinnützigen Handelns und führe damit zu einer Gleichstellung in den Wettbewerbsbedingungen.
- 473 Deutscher Bundesrat, Beschluss v. 27.05.2011 BR-Drucks. 177/1/11 [Beschluss]. BR-Sitzung: BR-PlPr 883, S. 255A – 255B
- 474 Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum „Altmark-Paket“ der Europäischen Kommission S. 25, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_sgei/de_de.pdf.
- 475 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 15.11.2011 zur Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2011/2146(INI)) (2013/C 153 E/07) ABl. EU v. 21.05.2013 C 153 E/51 P7_TA-PROV(2011)0494
- 476 So ausdrücklich Ausschuss der Regionen, Entwurf einer Stellungnahme – Fachkommission für Wirtschaftspolitik: Staatliche Beihilfen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ECON-VI/013 v. 21.06.2016.
- 477 S. aber die Feststellungen im Urt. des BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, NJW 2009, 2267, Lissabon-Vertrag.
- 478 Das BVerfG stellt in seinem Urteil zum Lissabon-Vertrag (Fn. 477) fest: „Die

Zielbestimmungen des Vertrags über die Europäische Union werden dahingehend angepasst, dass die Union auf eine in „hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“, hinwirkt (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV-Lissabon). Zugleich wird das Ziel eines „freien und unverfälschten Wettbewerbs“ aus dem operativen Teil des Vertrags über die Europäische Union gestrichen und in das Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb ausgelagert.“

- 479 S. aber auch BVerfG (Fn. 477), Rz. 398, zur Kritik an einer „einseitigen Marktorientierung“ der Europäischen Union: „Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die die soziale Dimension der Europäischen Union stärken.“
- 480 Hierzu Eichenhofer, Wege zum europäischen Sozialmodell – Angleichung oder Vielfalt?, ZESAR 2006, 366; Linzbach/Lübking (Hrsg.), Globalisierung und Europäisches Sozialmodell, 2007; Regine Prunzel, Der „Europäische Sozialkonsens“ als Instrument zur Stärkung des „Europäischen Sozialmodells“, 2007. S. auch EU-Kommission, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM(2007) 725.
- 481 Püttner, Günter, Kommunale Daseinsvorsorge, in: Handbuch des Staatsrechts, Rn. 84 ff.: „... jedenfalls ist die kommunale Daseinsvorsorge bislang unbekannten Gefährdungen ausgesetzt, wenn die EU ihren wettbewerbsorientierten Kurs fortsetzt.“ „An sich sieht der EG-Vertrag im Art. 86 Abs. 2 Abs. 2 eine Ausnahme vom Wettbewerb bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vor, und Art. 16 EGV bestimmt eine Förderung dieser Dienste, aber bislang hat sich daraus kein spürbares Gegengewicht gegen die Politik der EU ergeben.“
- 482 EU-Kommission v. 08.03.2016 COM(2016) 127 final Annex 1: „Das Fundament der Säule bilden die sozialen Ziele und Rechte, die im EU-Primärrecht – dem EUV, dem AEUV, der Charta der Grundrechte der EU und der Rechtsprechung des EuGH – verankert sind.
- 483 EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1521 final; Staatliche Beihilfe SA.35440 (2012/N) – Deutschland – Multifunktionsarena der Stadt Jena, Rn. 16; EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1517 final State aid SA.35135 (2012/N) – Deutschland – Multifunktionsarena der Stadt Erfurt, Rn. 15.
- 484 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 1, 45. Weitere Erläuterungen finden sich im Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEK(2010) 1545 endg.
- 485 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 2.
- 486 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 45 ff.
- 487 DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 46.

- 488 Allgemein von Komorowski, Der allgemeine Daseinsvorsorgevorbehalt des Art. 106 Abs. 2 AEUV, EuR 2015, 310.
- 489 EuG v. 03.12.2014 – T-57/11, juris „Castelnou Energía / Kommission“. Das EuG verweist ergänzend auf den 26. Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/54, dass „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen . . . unter Berücksichtigung der einzelstaatlichen Gegebenheiten aus nationaler Sicht ausgelegt werden müssen“.
- 490 Mitteilung v. 20.12.2011 „Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“, KOM(2011) 900 endgültig S. 2 ff.: Die Kommission definiert „Sozialdienste bzw. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ wie folgt: Systeme der sozialen Sicherung, die die elementaren Lebensrisiken und eine Reihe von Dienstleistungen abdecken, die direkt an der betreffenden Person erbracht werden und denen eine präventive und sozial integrierende Funktion zukommt. . . .“
- 491 Mitteilung der Kommission – Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU, KOM(2006) 177 endg; s. hierzu http://www.soziale-dienste-in-europa.de/Anlage/Et_Mitt_SDAI_2006.pdf.
- 492 Grundlegend Hermes, Georg, Staatliche Infrastrukturverantwortung – rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1988, S. 164 ff.
- 493 Zu letzteren s. Nentwig, Saskia, Kulturelle Daseinsvorsorge in Europa, Diss. 2008.
- 494 KOM(2007) 725 endg.
- 495 KOM(2007) 724 endg. „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“.
- 496 Mitteilung der Kommission v. 26.04.2006 KOM(2006) 177 – Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU.
- 497 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Grundsätze wirksamer und verlässlicher Sozialleistungssysteme“ (Initiativstellungnahme) (2016/C 013/08) v. 16./17.09.2015, ABl. EU v. 15.01.2016 C 13/40.
- 498 EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1521 final; Staatliche Beihilfe SA.35440 (2012/N) – Deutschland Multifunktionsarena der Stadt Jena.
- 499 EU-Kommission v. 02.10.2013 C(2013) 5839 final; Staatliche Beihilfe SA.36105 (2013/N) – Deutschland Fußballstadion Chemnitz.
- 500 EU-Kommission v. 13.12.2013 C(2013) 9344 final; State aid SA.37373 (2013/N) – The Netherlands Contribution to the renovation of ice arena Thialf in Heerenveen: „(56) With regard to the achievement of a policy objective of common interest, the construction (or renovation) of venues for sport and other public events and supporting different types of activities to the benefit of the general public can be

considered a State responsibility towards the general public. . . .“

- 501 EU-Kommission v. 02.10.2013 C(2013) 5839 final Staatliche Beihilfe SA.36105 (2013/N) – Deutschland Fußballstadion Chemnitz.
- 502 A.a.O. (Fn. 614), S. 10.
- 503 Kreuzer, Verunsicherungen bei Stadionprojekten im Zuge des europäischen Beihilferechts, *causa sport* 2010, S. 1 ff.
- 504 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-599_de.htm: „EU-Kommission erhebt keine Einwände gegen staatliche Subventionierung der französischen Profi-Sportvereine.“
- 505 EU-Kommission v. 06.04.2005 Nederland – Maatregelen ten behoeve van sportclubs: Basketball Omniworld Almere, C(2005)978 fin. Der Volltext der Entscheidung kann aufgerufen werden unter http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/189483/189483_514898_22_2.pdf.
- 506 EU-Kommission v. 21.10.2008 – The Netherlands Investment of the municipality of Rotterdam in Ahoy complex Beihilfe C 4/08 (ex N 97/07, ex CP 91/07) ABl. EU v. 22.09.2009 L 248/28. S. hierzu Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen SEK(2009) 1004 Anhang zum Bericht über die Wettbewerbspolitik 2008 Rn. 110 f.
- 507 Beschl. Nr. 176/11/KOL v. 01.06.2011 über den Abschluss des förmlichen Prüfverfahrens bezüglich der Finanzierung des Fitnesscenters im Kippermoen Leisure Centre (Norwegen), ABl. EU L 23/12 v. 26.1.2012.
- 508 Gemäß Teil II Artikel 1 Buchstabe b Ziffer i des Protokolls 3 zum Überwachungs- und Gerichtshofabkommen sind bestehende Beihilfen „alle Beihilfen, die vor Inkrafttreten des EWR-Abkommens in dem entsprechenden EFTA-Staat bestanden, also Beihilferegelnungen und Einzelbeihilfen, die vor Inkrafttreten des EWR-Abkommens eingeführt worden sind und auch nach dessen Inkrafttreten noch anwendbar sind“. Teil I Artikel 1 Absatz 1 von Protokoll 3 sieht für bestehende Beihilfen ein separates Verfahren vor. Hiernach überprüft die Behörde in Zusammenarbeit mit den EFTA-Staaten alle bestehenden Beihilferegelnungen in diesen Staaten fortlaufend. Die Behörde schlägt den Staaten geeignete Maßnahmen vor, die für die Vereinbarkeit mit dem EWR-Abkommen oder dessen Weiterentwicklung erforderlich sind.
- 509 EU-Kommission v. 17.06.2011 C(2011)4318 final State aid SA.32737 (2011/N) – Greece Aid for the renovation and upgrading of the Parnassos ski resort.
- 510 EU-Kommission v. 09.11.2011 „Supporting the Hungarian sport sector via tax benefit scheme“ C(2011)7287 final; s. hierzu die Pressemitteilung der Kommission http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1322_de.htm.
- 511 COM (2007) 391 final.
- 512 „Hungary argues that in line with the Commission’s case precedent in this field, training of the young generation is outside to the scope of EU State aid rules. Concerning the funding of personnel costs and the investments to create or

modernize sport facilities, Hungary believes that the scope of an EU State aid notification should focus only on the professional sport clubs, since amateur clubs are generally not considered to be undertakings within the meaning of Article 107(1) TFEU.“ Eine solche Wertung enthält das Weißbuch Sport jedenfalls nicht ausdrücklich.

- 513 VO (EG) Nr. 800/2008 v. 06.08.2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung).
- 514 Bezugnahme auf EuG v. 24.03.2011 – Slg 2011, II-1311, T-443/08 und T-455/08, T-443/08, T- 455/08 – Beihilfe zugunsten des Flughafens Leipzig/Halle; EuG v. 24.03.2011 – T-443/08, n.v. – Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt (T-443/08) und Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH (T-455/08) gegen Europäische Kommission.
- 515 EU-Kommission, Arbeitsdokument der Dienststellen der Kommission – Folgenabschätzung, Zulässig sein können nur staatliche Beihilfen, die angemessen und erforderlich sind, um ein Ziel von gemeinsamem Interesse voranzubringen. Begleitdokument zum Weißbuch Sport v. 11.07.2007, SEK(2007) 932.
- 516 S. hierzu Mitteilung der EU-Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03), Rn. 8: „Mit der Beihilfenkontrolle im Flughafen- und Luftverkehrsbereich sollte daher ein nachhaltiger Einsatz öffentlicher Mittel für wachstumsorientierte Strategien gefördert werden. Wettbewerbsverfälschungen, die einen fairen Wettbewerb im Binnenmarkt untergraben würden, sollten hingegen begrenzt werden, insbesondere durch Vermeidung des Betriebs mehrerer unrentabler Flughäfen im selben Einzugsgebiet und der Schaffung von Überkapazitäten.“ Rn 85: „Allerdings leisten der Betrieb mehrerer unrentabler Flughäfen im selben Einzugsgebiet und die Schaffung zusätzlicher ungenutzter Kapazitäten keinen Beitrag zu einem Ziel von gemeinsamem Interesse. Ist ein Investitionsvorhaben in erster Linie auf die Schaffung neuer Flughafenkapazitäten ausgerichtet, muss die neue Infrastruktur mittelfristig der prognostizierten Nachfrage von Seiten der Luftverkehrsgesellschaften, Passagiere und Spediteure im Flughafeneinzugsgebiet entsprechen. Investitionen ohne zufriedenstellende mittelfristige Auslastungsperspektiven und Investitionen, die die mittelfristigen Auslastungsperspektiven für bestehende Infrastrukturen im Einzugsgebiet verschlechtern, können nicht als Beitrag zu einem Ziel von gemeinsamem Interesse angesehen werden.
- 517 Entscheidung v. 05.12.2012 – C(2012) 8761 final – SA.33952 (2012/NN – Deutschland „Kletteranlagen des DAV“.
- 518 Dies wohl auch deswegen, weil der in Deutschland ansässige Fachverband der Kletterhallenbetreiber die ursprünglich nur gegen die Sektion Berlin gerichtete Beschwerde später ausgeweitet hatte auf Zuwendungen der Länder und Kommunen für die Errichtung von Kletteranlagen aller relevanten DAV-Sektionen

und des DAV-Dachverbands.

- 519 „Auf einige Maßnahmen, etwa die sehr geringen Finanzbeiträge, die unter die De-Minimis-Verordnung fallen, braucht Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht unbedingt angewandt zu werden.“
- 520 Bezugnahme auf die Beihilfesache EU-Kommission v. 12.01.2001, Staatliche Beihilfe – Deutschland, N 258/2000, SG(2001) D/285046 (Fn. 570), und die Beihilfesache N 118/00 – Subventions publiques aux clubs sportifs professionnels (Staatliche Förderung für Profisportvereine). S. oben zu Fn. 504.
- 521 Bezugnahme auf die Entscheidung zur Sportförderung in Ungarn SA.31722 – Aid to sport in Hungary (oben 5.).
- 522 EU-Kommission v. 12.01.2001, Staatliche Beihilfe – Deutschland, N 258/2000, SG(2001) D/285046 (Fn. 540).
- 523 Bezugnahme auf EuG v. 14.01.2009 – T-162/06, EuGHE II 2009, II-1, „Kronoply . / . Kommission“; insbes. Rn. 65, 66, 74 f.
- 524 EuGH v. 15.12.2005 – C-415/93, EuGHE 1995, I-4921.
- 525 Entscheidung der Kommission in der Sache N 258/00 — Deutschland — Freizeitbad Dorsten (ABl. C 172 v. 16.6.2001, S. 16). Dieses Beispiel wird in der DAWI-Mitteilung (Fn. 403) Rn. 40 zitiert.
- 526 Bezugnahme auf EU-Kommission v. 25.04.2001 N 118/00 – Subventions publiques aux clubs sportifs professionnels; v. 06.04.2005 N 555/2004 – Individual measures in favour of Omniworld; EU-Kommission v. 09.11.2011 in der Beihilfesache SA.31722 – Aid to sport in Hungary (Sportförderung in Ungarn.
- 527 Allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Art. 87 Abs. 3 EG Vertrag, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_de.pdf. Es handelt sich um ein Dokument, das die Dienststellen der Kommission im Jahre 2009 als Konsultationspapier den Mitgliedstaaten übersandt haben. Die Dienststellen der Kommission haben diesen Entwurf nach der Konsultation aber nicht weiterverfolgt.
- 528 EU-Kommission v. 19.12.2012 über die staatliche Beihilfe SA.20829 (C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006) ABl. EU v. 18.06.2013 L 166/74 – Regelung über die Befreiung von der kommunalen Immobiliensteuer im Falle von Immobilien, die von nichtgewerblichen Einrichtungen für besondere Zwecke genutzt werden.
- 529 Die italienische Regierung hatte im Zusammenhang mit der ICI-Steuerbefreiung vorgetragen, Tätigkeiten wie die Unterstützung junger Mütter in schwierigen Situationen oder die Verwaltung eines Gebäudes in den Bergen, in dem die Kinder einer Kirchengemeinde ihre Sommerferien verbringen, seien keine wirtschaftliche Tätigkeit. Die Tätigkeiten „in Sektoren öffentlichen Interesses“ stünden nicht im Wettbewerb mit Wirtschaftsunternehmen.
- 530 Der italienische Staat hatte vorgetragen: Die Steuerbefreiung für Immobilien, die für besondere Zwecke mit einem hohen sozialen Wert genutzt werden, war schon

immer ein Schlüsselement des Immobilienrechts seit 1931; es handele sich um die logische legislative Fortsetzung von den früheren Immobiliensteuern. Dies hat die Kommission „nicht überzeugt“.

- 531 EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1521 final; Staatliche Beihilfe SA.35440 (2012/N) – Deutschland Multifunktionsarena der Stadt Jena.
- 532 EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1517 final State aid SA.35135 (2012/N) – Germany – Multifunktionsarena der Stadt Erfurt, Rn. 15.
- 533 EU-Kommission v. 18.12.2013 SA.33728(12/C) ABL. EU L 152/32 v. 22.05.2014.
- 534 EU-Kommission v. 02.05.2013 SA.33618 (2012/C) ABL. L 243 vom 12/09/2013, S. 19.
- 535 EU-Kommission v. 02.10.2013 C(2013) 5839 final.
- 536 Bezugnahme auf EuGH v. 19.12.2012 – C-288/11 P, juris – staatliche Beihilfe für Flughafen Leipzig/Halle; Errichtung von Flughafeninfrastruktur. Volltext aufrufbar auf der Datenbank des EuGH <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0288>.
- 537 EuGH v. 16.03.2010 – C-325/08, EuGHE 2010, I-2177 „Olympique Lyonnais“ Rn. 27 und 28.
- 538 Staatliche Beihilfe SA.30753 (C 34/10) ABL. EU v. 18.01.2014 L 14/17.
- 539 EU-Kommission v. 20.11.2013 Aide d’État SA.37109 (2013/N) C(2013) 7889 final – Aide d’Etat SA.37109 (2013/N) – Belgique Stades de football en Flandre. . hierzu Pressemitteilung der EU-Kommission http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1120_de.htm: „Ziel der Beihilferegulung ist die Verbesserung der Qualität der Stadien, indem sichergestellt wird, dass diese die UEFA-Kriterien für europäische Fußballspiele erfüllen. Gleichzeitig soll die Regelung dazu beitragen, die soziale Rolle des Fußballs ganz oben auf die Tagesordnung von Profifußballvereinen zu stellen.“
- 540 EU-Kommission v. 13.12.2013 State aid SA.37373 (2013/N) – The Netherlands Contribution to the renovation of ice arena Thialf in Heerenveen, C(2013) 9344 final.
- 541 EU-Kommission v. 20.11.2013 Aide d’État SA.37109 (2013/N) ABL. EU v. 23.04.2014 C 120/1 – Italy – Support for skiing areas of local interest in Tuscany.
- 542 Bezugnahme auf die Entscheidungen der Kommission SA.33618 (2012/C), Sweden, Uppsala para 47 und SA.37373, Netherlands, Ice Arena Thialf.
- 543 EU-Kommission v. 11.06.2014 C(2014) 3602 final SA.33575 (2013/NN) – Czech Republic Support from central government to non-profit sport facilities.
- 544 Mitteilung ABL. EU v. 12.01.2015 C 7/36.
- 545 EU-Kommission v. 29.10.2003 2004/114/EG ABL. EU v. 06.02.2004 – L 34/65.
- 546 EU-Kommission v. 06.4.2005 C(2005)978 fin N 555/2004 – Maatregelen ten behoeve van sportclubs: Basketball Omniworld Almere en Volleyball Omniworld Almere.

- 547 EuGH v. 15.12.1995 – C-415/93, EuGHE 1995, I-4921.
- 548 <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/schuldenkrise-spaniens-fussballvereine-haben-670-millionen-euro-steuerschulden-12154238.html>.
- 549 EU-Kommission, Staatliche Beihilfe — Spanien, Staatliche Beihilfe SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) — Staatliche Beihilfe zugunsten bestimmter spanischer Berufssport-Vereine, ABl. EU v. 7.3.2014 C 69/115; Spanien Staatliche Beihilfe SA.33754 (2013/C) (ex 2013/NN) — Real Madrid Club de Fútbol, ABl. EU v. 07.03.2014 – C 69/108; Spanien – Staatliche Beihilfe SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) — Mögliche Beihilfe zugunsten dreier Fußballvereine der Region Valencia, ABl. EU v. 07.03.2014 – C 69/99.
- 550 S. bereits die Beihilfesache EU-Kommission v. 25.04.2001 in der Sache N 118/2000 – Öffentliche Subventionen für Profisportvereine (Frankreich). S. die unten zu Fn. 504 wiedergegebene Pressemitteilung.
- 551 EuGH v. 19.12.2012 – C-288/11, aufrufbar auf der Homepage des EuGH <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>; hierzu Kühling, DVBl 2013, 1093; Jennert/Eitner, EuZW 2013, 414.
- 552 EU-Kommission v. 18.12.2013 C(2013) 8437 final – State aid SA.33754 (2013/C ex 2013/NN) – Spain Real Madrid CF.
- 553 Staatliche Beihilfe SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) ABl. EU v. 07.03.2014 – C 69/99.
- 554 ABl. EU C 244 v. 01.10.2004, S. 2.
- 555 EU-Kommission v. 18.12.2013 C(2013) 8436 final – State aid SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) – Spain State aid to certain Spanish professional sport clubs. S. hierzu Europa-Report EuZW 2014, 45. Soltész, EuZW 2013, 89 kritisiert, dass der spanische Wettbewerbskommissar Almunia vom Europäischen Ombudsmann mit deutlichen Worten dazu veranlasst worden ist, das Problem der staatlichen Begünstigung für Profi-Fußballclubs – endlich – aufzugreifen. S. den Fall Nr. 251/2011, abrufbar unter www.ombudsmann.europa.eu/de/cases.
- 556 ABl. EU v. 23.04.2013 – C 116/19.
- 557 ABl. EU v. 01.10.2004, C 244 S. 2.
- 558 EU-Kommission v. 06.03.2013 C(2013)1152 final – State aid SA.33584 (2013/C) (ex 2011/NN) – The Netherlands Alleged municipal aid to the professional Dutch football clubs Vitesse, NEC, Willem II, MVV, PSV and FC Den Bosch in 2008-2011.
- 559 S. hierzu die Presseerklärung der Kommission: „In so far as the professional football clubs in question were facing financial difficulties at the time of the measures and the municipalities acted to address those difficulties, the aid must be assessed on the basis of the EU Guidelines for rescue and restructuring aid to firms in difficulty. At this stage of the procedure, the Commission has doubts whether the measures comply with those guidelines.“
- 560 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_de.htm.

- 561 Deutscher Bundesrat, Beschl. v. 27.05.2011, BR-Drucks. 177/11 (Beschluss).
562 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4889_de.htm.
563 C(2015) 2796 final, SA.37432.
564 C(2015) 2800 final, SA.37904.
565 C(2015) 2793 final, SA.33149.
566 C(2015) 2797 final, SA.38035.
567 C(2015) 2795 final, SA.39403.
568 C(2015) 2799 final, SA.37963.
569 C(2015) 2798 final, SA.38208.
570 Referenzentscheidung ist immer wieder der Fall Freibad Dorsten; s. EU-Kommission v. 12.01.2001, Staatliche Beihilfe – Deutschland, N 258/2000, SG(2001) D/285046. S. hierzu die Presseerklärung http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-1509_en.htm. Die Kommission ist in ihrer Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, dass es im Prüffall jedenfalls an einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels fehlte. „„Aus der von Deutschland übermittelten Beschreibung deutet allerdings nichts darauf hin, dass die Einrichtung mehr als dem örtlichen Markt der Stadt Dorsten und ihren Nachbargemeinden dienen würde. Das Bad ist vielmehr in keiner Weise einzigartig in seinem Charakter in Nordrhein-Westfalen, von Deutschland ganz zu schweigen. Die Kommission ist daher der Auffassung, dass diese Maßnahme von anderen Beihilfen durchaus unterschieden werden kann, die die Entwicklung großer Freizeitparks fördern, die auf einen nationalen, oder sogar internationalen Markt ausgerichtet sind und weit über die Region hinaus . . . beworben werden. Kraft ihrer Natur ist es wahrscheinlich, dass Maßnahmen zur Förderung von Einrichtungen, die gegenüber einer internationalen Klientel beworben werden, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen werden. Im vorliegenden Fall wird der Einzugsbereich der Einrichtung mit ca. 50 km angegeben. Da Dorsten etwas weiter von der Grenze zu den Niederlanden entfernt liegt, kann praktisch jede Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels ausgeschlossen werden.“
- 571 „This activity is secondary to the NGB courses and intended to generate some revenue for Glenmore Lodge to supplement the NGB courses which benefit from the support of Sportscotland.“ Im Geschäftsjahr 2012/12 gab es 1248 Teilnehmer. Es gab keine ausländischen Teilnehmer an den „winter skill courses“.
- 572 Vgl. zu den steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben § 64 Abs. 3 AO: „Übersteigen die Einnahmen einschließlich Umsatzsteuer aus wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben, die keine Zweckbetriebe sind, insgesamt nicht 35.000 Euro im Jahr, so unterliegen die diesen Geschäftsbetrieben zuzuordnenden Besteuerungsgrundlagen nicht der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer.“
- 573 Im deutschen Gemeinnützigkeitsrecht sind die vermögensverwaltenden Einkünfte gemeinnütziger Rechtsträger unabhängig von ihrer Höhe steuerfrei.
- 574 EU-Kommission v. 12.01.2001, Staatliche Beihilfe – Deutschland, N 258/2000,

SG(2001) D/285046 (Fn. 570).

- 575 EU-Kommission v. 29.04.2015 C(2015) 2799 final – State aid SA.37963 (2014/NN) (ex 2013/CP) – United Kingdom Alleged State aid to Glenmore Lodge.
- 576 EU-Kommission v. 29.04.2015 C(2015) 2798 final; State aid SA.38208 (2014/NN) (ex 2014/CP) – United Kingdom – Alleged State aid to UK member-owned golf clubs.
- 577 EU-Kommission VO (EU) No 651/2014 v. 17.06.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV, ABl. EU v. 26.06.2014 L 187/1.
- 578 Art. 55 Nr. 12 lautet: „Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen 12. Bei Beihilfen von nicht mehr als 1 Mio. EUR kann der Beihilfehöchstbetrag abweichend von der in den Absätzen 10 und 11 genannten Methode auf 80 % der beihilfefähigen Kosten festgesetzt werden.“
- 579 Art. 4 Nr. 1 Buchst. bb lautet: „1. Diese Verordnung gilt nicht für Beihilfen, die die folgenden Schwellen überschreiten: bb) Investitionsbeihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen: 15 Mio. EUR oder die Gesamtkosten über 50 Mio. EUR pro Vorhaben; Betriebsbeihilfen für Sportinfrastrukturen: 2 Mio. EUR pro Infrastruktur und Jahr . . .“
- 580 EuG v. 12.05.2016 – T 693/14, aufrufbar mit dem Suchformular <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>. Die Entscheidung liegt derzeit nur in tschechischer und französischer Sprache vor. Sie ist aufzurufen in der Rechtsprechungsdaten-bank des EuGH <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>.
- 581 VO (EG) Nr. 659/1999 des Rates v. 22.03.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 108 AEUV, ABl. 1999, L 83, S. 1.
- 582 Arbeitspapier v. 06.05.2009, abrufbar unter ec.europa.eu/competition/state_aid/.../economic_assessment_de.pdf.
- 583 Die hiermit zusammenhängenden komplexen Rechtsfragen sollen hier nicht dargestellt werden.
- 584 Koenig/Hellstern in Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, § 14 Das materiell binnenmarktliche Beihilfenaufsichtsrecht, Rn. 48, 63 ff., 90.
- 585 Konsultationspapier v. 07.05.2005 KOM/2005/0107 endg. Rn 21 ff.: Ein solcher Ansatz kann mit dazu beitragen herauszufinden, warum der Markt für sich allein genommen nicht in der Lage ist, die im gemeinsamen Interesse liegenden Ziele zu erreichen, und hilft dabei abzuschätzen, inwieweit staatliche Beihilfen tatsächlich ein Mittel sind, um diese Ziele zu verwirklichen. Von zentraler Bedeutung ist hier eine Analyse des Marktversagens: externe Effekte, asymmetrische Informationen, Abstimmungsprobleme usw. - alles mögliche Gründe, weshalb der Markt die angestrebten Ziele von gemeinsamem Interesse nicht erreicht, insbesondere wenn sie wirtschaftlicher Natur sind.“
- 586 EuG v. 06.10.2009 – T-8/06 „FAB/Kommission“, Rn. 77 und 78.

- 587 EuG v. 06.10.2009 – T-21/06 „Deutschland/Kommission“ Rn. 51;
Koenig/Hellstern (a.a.O. Fn. 584) Rn 67 m.w.N.
- 588 In diesem Sinne auch EuG v. 06.10.2009 – T-21/06 „Deutschland/Kommission“,
juris, zur Beihilfe der deutschen Behörden zugunsten der Rundfunkanbieter, die
das digitale terrestrische Rundfunknetz (DVB-T) in der Region Berlin-
Brandenburg verwenden.
- 589 Vgl. in diesem Sinne EuG v. 28.11.2008 – T-254/00, T-270/00 und T-277/00
„Hotel Cipriani u. a./Kommission“ Rn. 286: „nur ausnahmsweise
genehmigungsfähig“.
- 590 Vgl. hierzu EuG v. 20.10.2011 – T-579/08, juris „Eridania Sadam/Kommission“
Rn. 41.
- 591 Von Wallenberg/Schütte in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU,
Art. 107 AEUV Rn. 142.
- 592 S. z.B. Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und
Luftverkehrsgesellschaften, (2014/C 99/03), unter 5.1.2., zu Betriebsbeihilfen für
Flughäfen, auf der Rechtsgrundlage des Art. 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV.
- 593 Bezugnahme auf EuG v. 16.10.2014 – T-308/11, juris „Eurallumina/Kommission“
Rn. 86: „Il s’agit donc d’une aide au fonctionnement, laquelle. . n’est admise qu’à
titre exceptionnel.“
- 594 Koenig/Hellstern (a.a.O. Fn. 4), Rn. 71 ff., 74 ff.
- 595 Koenig/Hellstern (a.a.O. Fn. 4), Rn. 83 ff.
- 596 Koenig/Hellstern (a.a.O. Fn. 4), Rn. 77.
- 597 EuGH v. 22.03.2012 – C-200/11 P „Italien/Kommission“ Rn. 74.
- 598 S. nur Scharf in Münchener Kommentar Bd. 3 „Sektoren XVIII. Kultur / Sport /
Tourismus“ Rn. 1189: Die Ausnahmeregelung des Art. 107 Abs. 3 Buchst. d
AEUV „wird auf Sport nur selten anwendbar sein“. „Allein die Tatsache, dass
sportliche Betätigung als Freizeitvergnügen erfolgt und eine Abgrenzung zur
Kultur nicht immer leicht ist, reicht nicht aus, um Sport grundsätzlich als Teil der
Kultur anzuerkennen.“ S. auch Kühling in Streinz, AEUV/AEUV, Kommentar, 2
Aufl. 2012, Art. 107 AEUV Rn. 133.
- 599 S. hierzu Rn 62: Die Anforderungen an die Begründung und die Prüfung der
Auswirkung einer Beihilfemaßnahme auf den Handel zwischen den
Mitgliedstaaten und den Wettbewerb durch die Kommission sind je nach der
Rechtsnatur dieser Maßnahme als individuelle oder als generelle Maßnahme
unterschiedlich (EuG v. 28.11.2008 – T-254/00, T-270/00 und T-277/00, „Hotel
Cipriani u. a./Kommission“ Rn. 227.
- 600 S. BVerfG 134, 366, 384, 387 – OMT-Vorlagebeschluss. S. auch Wischmeyer,
Thomas, Nationale Identität und Verfassungsidentität, Schutzgehalte, Instrumente,
Perspektive, AöR Bd. 140 (2016), S. 415 ff.; Haratsch, Andreas, Nationale
Identität aus europarechtlicher Sicht, EuR 2016, 131 ff., 137 ff., der unter dem
Stichwort „grundlegende politische Strukturen“ zwar die regionale und lokale

Selbstverwaltung und die kulturelle und sprachliche Prägung, aber nicht die vertikale Gewaltenteilung zwischen Staat und Zivilgesellschaft erwähnt.

- ⁶⁰¹ EU-Kommission v. 17.07.2013 C(2013) 4413 final State aid SA.35606 (2013/N) – Poland International Congress Centre Katowice. New multifunctional International Congress Centre (also referred to as „ICC in Katowice“), to be used, for example, for conferences, exhibitions, cultural, educational and sporting events.
- ⁶⁰² EU-Kommission v. 11.05.2011 C(2011) 3393 final State aid 32643 (2011/N) – Spain State aid to Basque museums in 2011.
- ⁶⁰³ EU-Kommission v. 11.09.2013 C (2013) 5831 final – State aid SA. 37043 (2013/N) – Hungary Aid for multifunctional community cultural centres, museums, public libraries.
- ⁶⁰⁴ EuG v. 12.09.2013 – T-347/09, NuR 2013, 882 = ZUR 2013, 602.
- ⁶⁰⁵ EuGH v. 24.10.2002 – C-82/01 P, EuGHE 2002, I-9297 „Aéroports de Paris/Kommission“ Rn. 74; EuGH v. 01.07.2008 – C-49/07, EuGHE 2008, I-4863 „MOTOE“ Rn. 26.
- ⁶⁰⁶ EuGH v. 26.03.2009 – C-113/07 P, EuGHE 2009, I-2207 „SELEX Sistemi Integrati/Kommission“ Rn. 71 bis 80.
- ⁶⁰⁷ Z.B. EuGH v. 10.01.2006 – C-222/04, EuGHE 2006, I-289 „Cassa di Risparmio di Firenze u. a.“ Rn. 107; Anm. Fischer, jurisPR-SteuerR 11/2006 Anm. 1; Hüttemann, Steuervergünstigungen wegen Gemeinnützigkeit und europäisches Beihilfenverbot, DB 2006, 914.
- ⁶⁰⁸ Bezugnahme auf EuGH v. 08.09.2011 – C-279/08 P, EuGHE 2011, I-7671 „Kommission/Niederlande“ Rn. 75 und Leitsatz Nr. 3, dort mit Bezugnahme auf EuGH v. 13.02.2003 – C-409/00, EuGHE 2003, I-1487 „Spanien/Kommission“ Rn. 46; EuGH v. 22.12.2008 – C-487/06 P, EuGHE 2008, I-10505 „British Aggregates/Kommission“ Rn. 92.
- ⁶⁰⁹ <http://de.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/EuropeanUnion/01/77/23/27>
- ⁶¹⁰ VO (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission v. 18.12.2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. EU v. 24.12.2013 – L 352/1.
- ⁶¹¹ Begründungserwägung Nr. 15 zur VO (EU) Nr. 1407/2013.
- ⁶¹² S. hierzu http://de.wikipedia.org/wiki/De_minimis.
- ⁶¹³ Art. 6 VO Nr. 1407/2013; Begründungserwägungen Nr. 21 ff.
- ⁶¹⁴ Mitteilung der Kommission „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“ v. 18.1.2011 KOM(2011) 12 endgültig, S. 10. Im Anschluss hieran heißt es: „Auch wenn staatliche Beihilfen für den Sport nicht ausdrücklich von der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung erfasst werden, könnten doch einige von deren Bestimmungen auf sie anwendbar sein, und in diesem Fall könnten sie ohne vorherige Unterrichtung der Kommission als mit den EU-Vorschriften für staatliche Beihilfen vereinbar angesehen werden.“

- 615 Zur Vorgängernorm VO EG Nr. 1998/2006 s. Nordmann, Die neue de-minimis
Verordnung im EG-Beihilferecht, EuZW 2007, 752; Terhechte in Birnstiel /
Bungenberg / Heinrich (Hrsg.), 2013, Europäisches Beihilferecht.
- 616 Begründungserwägung 1 der VO Nr. 1407/2013.
- 617 EuGH v. 08.05.2013 – C-197/11 und C-203/11, C-197/11, C-203/11, EuZW 2013,
507 = DVBl 2013, 1041.
- 618 Terhechte (Fn. 615) Rn. 390.
- 619 DW PS 700 Prüfung von Beihilfen nach Artikel 107 AEUV insbesondere
zugunsten öffentlicher Unternehmen, WPg Supplement 1/2013, S. 38 ff., FN-IDW
1/2013, S. 39 ff.
- 620 Pressemitteilung v. 05.12.2012 IP 12/1316; http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1316_de.htm; siehe auch MEMO/12/936.
- 621 VO (EU) Nr. 733/2013 v. 17.06.2014 über die Anwendung der Artikel 92 und 93
des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte
Gruppen horizontaler Beihilfen.
- 622 VO (EU) Nr. 651/2014 v. 17.06.2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit
bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der
Artikel 107 und 108 AEUV (AGVO).
- 623 Pressemitteilung der EU-Kommission v. 21.05.2014 – IP-14-587_DE.
- 624 AGVO (Fn. 622) Begründungserwägung Nr. 2. S. auch EU-Kommission, Bericht
über die Wettbewerbspolitik 2014 v. 04.06.2015, COM(2015) 247 final S. 15: Im
Rahmen der neuen AGVO wurde für umfangreiche Regelungen, die bestimmte
Gruppen von Beihilfen betreffen, und für Regelungen, die nach den neuen
Leitlinien angemeldet werden, eine verbindliche Ex-post-Evaluierung eingeführt,
damit sich die Mitgliedstaaten ein besseres Bild von Kosten und Nutzen ihrer
Maßnahmen verschaffen können. Auch die Transparenzvorschriften wurden
verschärft.
- 625 EU-Kommission v. 04.06.2015, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2014,
COM(2015) 247 final S. 15.
- 626 Pressemitteilung der EU-Kommission v. 21.05.2014 – IP-14-587_DE,
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-587_de.htm, unter Bezugnahme auf
MEMO/14/369, wo weitere Details zu den durch die neue AGVO eingeführten
Änderungen erläutert werden. S. auch die Pressemitteilung v. 21.05.2014
„Kommission führt mehr Transparenz als Kriterium für Gewährung staatlicher
Beihilfen ein.“ S. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-588_de.htm.
- 627 http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_gber/de_permrep_de.pdf
- 628 A.a.O. (Fn. 627) S. 15.
- 629 EU-Kommission, Pressemitteilung v. 07.03.2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-622_de.htm.
- 630 AGVO (Fn. 622) Begründungserwägung Nr. 6.

- 631 AGVO (Fn. 622) Begründungserwägung Nr. 7.
- 632 Hierfür spricht die Begründungserwägung zur AGVO Nr. 25: Es soll prinzipiell möglich sein, De-minimis-Beihilfen frei mit nach dieser Verordnung freigestellten staatlichen Beihilfen zu kumulieren.
- 633 Die Anforderungen an die Berichts- und Dokumentationspflichten finden sich in der AGVO in den Art. 9, 10, 11 und 12; in der De-Minimis-VO 2014 in Art. 6; in der De-Minimis-VO 2012 in Art. 3; in der Bürgerschaftsmitteilung unter Punkt 6 und in dem DAWI-Freistellungsbeschluss in den Art. 8 und 9.
- 634 AGVO (Fn. 622) Begründungserwägung Nr. 16.
- 635 ABl. EU C 155 vom 20.06.2008, S. 10.
- 636 AGVO (Fn. 622) Begründungserwägung Nr. 17.
- 637 AGVO (Fn. 622) Begründungserwägung Nr. 18.
- 638 AGVO (Fn. 622) Begründungserwägung Nr. 18.
- 639 Land Hessen / Hessischer Städtetag / Hessischer Landkreistag / Hessischer Städte- und Gemeindebund / KPMG, Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, Juli 2015, S. 52.
- 640 Land Hessen / Hessischer Städtetag / Hessischer Landkreistag / Hessischer Städte- und Gemeindebund / KPMG, Handbuch Europäisches Beihilferecht für Kommunen und kommunale Unternehmen, Juli 2015, S. 51.
- 641 A.a.O. (Fn. 640), S. 52 f.
- 642 <https://de.wikipedia.org/wiki/Funsport>. Dort ist vermerkt: „Typische Beispiele für als Funsport bezeichnete Sportarten sind skurrile Sportarten wie Bobby-Car-Rennen, Extreimbügeln, Gummistiefelweitwurf, Handyweitwurf, Bürogolf, Dirndlspringen und Frauentragen sowie die Wok-WM.“
- 643 Handbuch Europäisches Beihilferecht, a.a.O. (Fn. 640), S. 52 f.
- 644 Handbuch Europäisches Beihilferecht, a.a.O. (Fn. 640), S. 55.
- 645 Handbuch Europäisches Beihilferecht, a.a.O. (Fn. 640), S. 53.
- 646 EU-Kommission v. 29.04.2015 C(2015) 2798 final; State aid SA.38208 (2014/NN) (ex 2014/CP) – United Kingdom – Alleged State aid to UK member-owned golf clubs
- 647 Mitteilung der EU-Kommission „Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020“ (2013/C 209/01) ABl. EU v. 23.07.2013 C 209/1.
- 648 http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/11495_de.htm.
- 649 EU-Kommission v. 19.06.2013 über die Staatliche Beihilfe SA.30753 (C 34/10) (ex N 140/10), die Frankreich zugunsten der Pferderennveranstalter durchzuführen plant (hierzu G. V. 15).
- 650 EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1521 final Staatliche Beihilfe SA.35440 (2012/N) – Deutschland Multifunktionsarena der Stadt Jena.
- 651 EU-Kommission v. 20.03.2013 C(2013) 1517 final Staatliche Beihilfe SA.35135

(2012/N) – Deutschland Multifunktionsarena der Stadt Erfurt.

- 652 EU-Kommission v. 20.11.2013 C(2013) 7889 final State aid SA.37109 (2013/N) – Belgium Football stadiums in Flanders.
- 653 EU-Kommission v. 13.12.2013 C(2013) 9344 final State aid SA.37373 (2013/N) – The Netherlands Contribution to the renovation of ice arena Thialf in Heerenveen.
- 654 EuGH v. 24.02.1987 – 310/85, EuGHE 1987, 901 „Deufil/Kommission“ Randnr. 18; v. 11.09.2008 – C-75, 80/0, EuGHE 2008, I-6619, „Glunz-AG u.a. / Kommission“.
- 655 EU-Kommission, Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03) ABl EU v. 04.04.2014 C 99/3, Rn. 78.
- 656 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Modernisierung des EU-Beihilferechts (COM(2012) 209 final).
- 657 EU-Kommission Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03) ABl EU v. 04.04.2014 C 99/3, Rn. 79.
- 658 Näheres hierzu Martin Heidenhain (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilferechts, München 2003, § 19 Rn. 3.
- 659 Für die kulturelle Einordnung des Sportsektors: Werner Maihofer, Kulturelle Aufgaben des modernen Staates, in: Ernst Benda/Werner Peter Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 1994, S. 1201 ff.; 1226 f.; Häberle, „Sport“ als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen, in: FS Thieme, 1993, 25 ff., 40 f.; Scholz, in: Theodor Maunz / Günter Dürig, GG-Kommentar, Art. 5 III Ziff. 2.
- 660 Z.B. Art. 9 Abs. 3 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein i.d.F. v. 13.05.2008; Art. 11 Abs. 1 u. 2 der Verfassung des Freistaates Sachsen; Art. 36 Abs. 1 u. 3 der Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt.
- 661 Kritisch hierzu Classen/Mellwig, Infrastruktur im Visier beihilferechtlicher Kontrolle – das unaufhaltsame Ende autonomer mitgliedstaatlicher Standortpolitik?, DVBl 2014, 1299.
- 662 EuGH v. 19.12.2012 – C-288/11, aufrufbar auf der Homepage des EuGH <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=de>; hierzu Kühling, DVBl 2013, 1093; Jennert/Eitner, EuZW 2013, 414.
- 663 In den Luftverkehrsleitlinien der Kommission von 1994 hatte es noch geheißen: „Der Bau oder Ausbau von Infrastrukturanlagen (z. B. Flughäfen, Autobahnen und Brücken) ist eine allgemeine wirtschaftspolitische Maßnahme, die von der Kommission nicht gemäß den Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen kontrolliert werden kann.“ Hieran wird erinnert in Rn. 27 der Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften (2014/C 99/03) ABl EU v. 04.04.2014 C 99/3. Zugleich wird darauf hingewiesen, dass im Urteil in der Rechtssache Aéroports de Paris die Gerichte der Union entgegen dieser Aussage festgestellt hätten, dass auch der Betrieb eines Flughafens, der in der

Bereitstellung von Flughafendienstleistungen für Luftverkehrsgesellschaften und die verschiedenen Dienstleister besteht, eine wirtschaftliche Tätigkeit sei; s. EuG v. 12.12.2000 – T-128/98, EuGHE 2000, II-3929, „Aéroports de Paris/Kommission“; bestätigt durch das EuGH v. 24.10.2002 – C-82/01, EuGHE 2002, I-9297, Rn. 75-79 „Aéroports de Paris/Kommission“. In seinem Urteil in der Rechtssache Flughafen Leipzig/Halle stellte das Gericht (EuG) klar, dass der Betrieb eines Flughafens eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt, von der die Tätigkeit des Baus einer Flughafeninfrastruktur nicht losgelöst werden kann. Hierzu Linke, Die Leitlinien der Kommission zu staatlichen Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, NVwZ 2014, 1541.

- 664 Mitteilung der Kommission – Modernisierung des EU-Beihilferechts, Com(2012) 209 final; s. ferner Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften v. 04.04.2014 ABl. EU 2004/C 99/03. S. hierzu Erdmann, Staatliche Förderung von Infrastrukturen im Wandel – Überlegungen insbesondere am Beispiel der Multifunktionsarenen und Seehäfen, DVBl 2014, 2149.
- 665 Ausführlich Koenig, Christian / Scholz Michael, Öffentliche Infrastrukturförderung durch Bau- und Betriebsgesellschaften im EG-beihilferechtlichen Kontrollraster der EU-Kommission, EuZW 2003, 133.
- 666 Arhold, Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 3 Beihilfen- und Vergaberecht, 2011, AEUV Art. 107 Rn. 214 ff.
- 667 Koenig/Kühling, EG-beihilferechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung, DÖV 2001, 881; Koenig / Scholz (Fn. 665) S. 138.
- 668 Koenig / Scholz (Fn. 665) S. 135.
- 669 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Grundsätze wirksamer und verlässlicher Sozialleistungssysteme“(Initiativstellungnahme) (2016/C 013/08) v. 16./17.09.2015, ABl. EU v. 15.01.2016 C 13/40.
- 670 Durch das Bekenntnis des Art. 3 Abs. 3 Unterabsatz 1 Satz 2 EUV zu einer (auch) „sozialen Marktwirtschaft“ wird ein neues Kapitel aufgeschlagen. Ausführlich hierzu Carsten Novak, Europarecht nach Lissabon, 2011.
- 671 Hierzu Eichenhofer, Wege zum europäischen Sozialmodell – Angleichung oder Vielfalt?, ZESAR 2006, 366-367; ders., Sozialpolitik im Lissabonner Vertrag, Vierteljahresschrift für Sozialrecht, 2011, 125; Linzbach/Lübking (Hrsg.), Globalisierung und Europäisches Sozialmodell, 2007; Regine Prunzel, Der „Europäische Sozialkonsens“ als Instrument zur Stärkung des „Europäischen Sozialmodells“, 2007; Pitchas, Rainer, Europäisches Sozial- und Gesundheitsrecht „nach Lissabon“, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2010, 177; Weiß, Wolfgang, Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen – Europarechtliche Perspektiven, Europarecht EuR 2013, 669. S. auch EU-Kommission,

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM(2007) 725.

672 Deutscher Bundesrat Beschl. v. 15.02.2008, 865/07 (B) Nr. 48.

673 KOM(2006)177 endg; s. hierzu http://www.soziale-dienste-in-europa.de/Anlage/Et_Mitt_SDAI_2006.pdf.

674 Jarras, Der Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, in Festschrift für H.J. Papier, 2013, S. 321 ff.: „Insgesamt macht Art. 36 GrdRCh zusammen mit Art. 14 AEUV die Sicherstellung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu einem Ziel des Unionsrechts. Der Funktion nach geht es um eine Teilhabegewährleistung.“

675 Mitteilung v. 20.12.2011 „Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“, KOM(2011) 900 endgültig S. 2.

676 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14.3.2007 zu den Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union (2006/2134(INI)).

677 2009/2222(INI)) P7_TA-PROV(2011)0319.

678 Entschließung v. 15.11.2013 - P7_TA(2011)0494, ABl. EU v. 31.05.2013 – CE 153, S. 51 ff., zur Reform der EU-Beihilfevorschriften über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (2011/2146(INI)).

679 P7_TA-PROV(2013)0576 (2013/2075(INI))

680 Weißbuch EU Sport v. 11.07.2007, KOM(2007) 391 endg., S. 8.

681 Ausschuss für Kultur und Bildung, Bericht v. 14.04.2008 über das Weißbuch Sport, (2007/2261(INI)).

682 BR-Drucksache 865/1/07 – zu KOM(2007) 725 endg.; Ratsdok. 15650/07 – Nr. 61, Nr. 66 und Nr. 67 f.)

683 Deutscher Bundesrat, Beschl. v. 27.05.2011, BR-Drucks. 177/11 (Beschluss); Bezugnahme auf vgl. BR-Drucksache 865/07 (Beschluss).

684 2016/C 013/08, ABl. EU v. 05.01.2016 C 13/40. Berichterstatte war Bernd Schlüter.

685 EU-Kommission – Mitteilung v.08.05.2012 „Modernisierung des EU-Beihilferechts“, COM(2012) 209 final; s. ferner Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften v. 04.04.2014 ABl. EU 2004/C 99/03.

686 Z.B. Linke, Die Leitlinien der Kommission zu staatlichen Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, NVwZ 2014, 1541; Giesberts / Kleve, Die neuen Leitlinien für staatliche Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, KommunalPraxis spezial 2014, 94; Möhlenkamp, Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten – Die neuen Leitlinien der EU-Kommission im System des europäischen Beihilferechts, ZIP 2014, Beilage 3, 1; Fuchs / Peters, Die Europäische Kommission und die Förderung erneuerbarer Energien in Deutschland

– Eine Bewertung des EEG-Beihilfeverfahrens und der neuen Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien mit einem kritischen Blick auf die Leitlinienpolitik der Kommission, Recht der Energiewirtschaft, 2014, 409.

687 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 11; Mitteilung der Kommission – Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014 – 2010, 2013/C 209/01, Rn. 2; Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (2014/C 200/01), ABl. EU v. 24.06.2014 C 200/1, Rn. 2, 32 ff.

688 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 77 ff.

689 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 156 f.

690 EuG v. 09.06.2016 – T-162/13 in der Rs. Magic Mountain Kletterhallen GmbH u.a / Kommission, Rn. 48 ff.

691 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 12.

692 S. im Einzelnen Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 12 ff., 112 ff., 17 Buchst. d: Während eines Übergangszeitraums von 10 Jahren können Betriebsbeihilfen für Regionalflughäfen nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c AEUV für mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden.

693 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 27.

694 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 30.

695 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 34: Übt ein Flughafen sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten aus, ist er nur bezüglich der wirtschaftlichen Tätigkeiten als Unternehmen zu betrachten. Bezugnahme auf das EuG v. 24.03. 2011 – T-443/08 und T-455/08, EuGHE 2011, II-1311 „Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission“, bestätigt durch das EuGH v. 19.12.2012, C-288/11 P, EuGHE 2012 „Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission“ Rn. 98.

696 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 36.

697 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 36 f.

698 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 78 ff.

699 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 79; s. auch Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (Fn. 687) Rn. 26 ff.

700 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 83 ff.

701 Leitlinien Luftverkehr (Fn. 685) Rn. 161 ff.

702 Vgl. z.B. den Sachverhalt des BFH v. 07.09.2011 – I B 36/11, BFH/NV 2011, 2013.

703 Vgl. § 20 Abs. 2 Bundeshaushaltsordnung: „Im Haushaltsplan können Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen jeweils für gegenseitig oder einseitig deckungsfähig erklärt werden, wenn ein verwaltungsmäßiger oder sachlicher Zusammenhang besteht oder eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung gefördert wird.“ § 19 Abs. 2 Satz 1 Haushaltsgrundsätzegesetz: „Die

Ermächtigungen des Haushaltsplans dürfen nur soweit und nicht eher in Anspruch genommen werden, als sie zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwaltung erforderlich sind.“

- 704 Bayerischer VerfGH v. 24.05.2012 – Vf. 1-VII-10, DVBl 2012, 906, zum Vorrang der Hilfsorganisationen beim Rettungsdienst: „ . . . denn nach Art. 24 Abs. 1 BayRDG setzt die Erteilung der hierfür erforderlichen Genehmigung voraus, dass die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet sind und dass der Unternehmer zuverlässig und fachlich geeignet ist. Zudem sind unternehmensbezogene Gesichtspunkte, insbesondere eine effektive Leistungserbringung sowie wirtschaftliches und sparsames Verhalten, im Rahmen der Auswahlentscheidung nach Art. 13 Abs. 3 BayRDG von Bedeutung.
- 705 Vgl. BVerfG v. 08.06.2010 – 1 BvR 2011/07, 1 BvR 2959/07, BVerfGE 126, 112: Es handelt sich hierbei nicht um eine rein fiskalische Motivation des Gesetzgebers, die als solche zur Rechtfertigung nicht ausreichen würde.
- 706 Zu den Aufgaben des Europäischen Rechnungshofs gehört es u.a., über die Untersuchung der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit der EU-Ausgaben zu berichten; s. z.B. Jahresbericht über die Ausführung des Haushaltsplans (2014/C 398/01) ABl. EU v. 12.11.2014 C 398/5.
- 707 BFH v. 04.04.2007 – I R 76/05, BStBl II 2007, 631.
- 708 Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. § 4 Rn 101.
- 709 BFH v. 03.04.2007 – V R 74/07, BFH/NV 2008, 1631. Nach der Rechtsprechung des BFH ist Art. 13 Teil A Abs. 1 Buchst. m der Richtlinie 77/388/EWG dahin auszulegen, dass er im Kontext von Personen, die Sport ausüben, auch Dienstleistungen erfasst, die in engem Zusammenhang mit Sport stehen und für dessen Ausübung unerlässlich sind, die Leistungen von Einrichtungen ohne Gewinnstreben erbracht werden und die tatsächlich Begünstigten dieser Leistungen Personen sind, die den Sport ausüben.
- 710 http://www.dosb.de/fileadmin/sharepoint/DOSB-Dokumente%20%7B96E58B18-5B8A-4AA1-98BB-199E8E1DC07C%7D/DOSB_Ethik_Code.pdf.
- 711 S. auch s. auch <http://www.dosb.de/de/organisation/wir-ueber-uns/good-governance/>.
- 712 Aus jüngster Zeit: Rupert Strachwitz, Eine Initiative für mehr Transparenz, npoR 2011, 1S; Rainer Hüttemann, Transparenz und Rechnungslegung bei Stiftungen – Brauchen wir mehr Publizität und ein Bilanzrecht für Stiftungen?, Non Profit Law Yearbook 2012/2013, 81; Birgit Weitemeyer / Benedikt Vogt, Verbesserte Transparenz und Non-Profit Governance Kodex für NPOs, NZG 2014, 12; Hans-Peter Doll, Die Rechnungslegung gemeinnütziger Stiftungen in Deutschland vor dem Hintergrund einer verbesserten Transparenz, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 89.
- 713 <http://www.spendenrat.de/index.php?selbstverpflichtungserkla>.
- 714 BT-PlPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PlPr 16/230, S. 25639D – 25658C.

- ⁷¹⁵ BT-Drucks. 16/13058, Beschlussempfehlung und Bericht des Sportausschusses (5. Ausschuss) zu den Anträgen der SPD-Fraktion „Gesellschaftliche Bedeutung des Sports“, BT-Drucks. 6/11217, der FCP-Fraktion „Positive Auswirkungen des Sports auf die Gesellschaft nutzen und weiter fördern“, BT-Drucks. 6/11174, und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Maßnahmen für eine moderne und zukunftsfähige Sportpolitik auf den Weg bringen, BT-Drucks. 6/11199.
- ⁷¹⁶ BT-Drucks. 17/2880, S. 12.
- ⁷¹⁷ EU-Kommission, Bericht der Kommission COM(2014) 22 (Fn. 266), S. 10.
- ⁷¹⁸ EU-Kommission, Weißbuch Sport, KOM(2007) 391, S. 19 f.
- ⁷¹⁹ Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren v. 16.06.2009 ABl. EU v. 16.06.2009 C 136, 13, Rn. 11: „Ausdrücklich empfohlen werden Vorabkontakte, wenn eine Beihilfesache aufgrund bestimmter Neuerungen oder anderer Besonderheiten informelle Erörterungen mit den Kommissionsdienststellen im Vorfeld der Anmeldung gerechtfertigt erscheinen lassen. Die Kommission wird generell aber, wenn gewünscht, den Mitgliedstaaten informell Erläuterungen zur Verfügung stellen.
- ⁷²⁰ Wittig, Die neue AGVO und Infrastrukturfinanzierung am Beispiel von Sportstadien, EuZW 2015, 53 ff., 57.

- 721 Dieter Reuter, Zum Betrieb einer Kindertagesstätte in Form des nichtwirtschaftlichen Vereins, nPoR 2015, 200. Beuthien, Wie ideell muss ein Idealverein sein? – Zu Sinn und Grenzen des Nebenzweckprivilegs, NZG 2015, 449. S. ferner Segna, Wann ist ein Verein ein nichtwirtschaftlicher Verein? – Ein Blick auf die Vereinsklassenabgrenzung aus Anlass der „Kita“-Rechtsprechung des Kammergerichts und der Diskussion über den ADAC, Non Profit Law Yearbook 2014/2015, 47; Griep, Hat der wirtschaftliche Verein eine Zukunft?, Sozialrecht aktuell 2015, 92;
- 722 OLG Brandenburg v. 23.06.2015 – 7 W 23/15, NZG 2015, 922 = MDR 2015, 902.
- 723 Vgl. BVerwG v. 24.04.1979 – I C 8.74, BVerwGE 58, 26, 32.
- 724 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 672.
- 725 Brandenburgisches OLG v. 08.07.20, 14 – 7 W 124/13, juris.
- 726 Bezugnahme auf einen Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts BayObLG v. 08.04.1998 – 3Z BR 302/97, NZG 1998, 606 – Wasserbeschaffungsverein als wirtschaftlicher Verein.
- 727 Brandenburgisches OLG v. 04.08.2014 – 7 W 83/14, juris.
- 728 OLG Zweibrücken v. 03.09.2013 – 3 W 34/13, NotBZ 2014, 197. Nach seiner Satzung ist der Zweck des Vereins die sportliche Ertüchtigung seiner Mitglieder und die planmäßige Pflege und Förderung aller Arten von Leibesübungen. Zur Erreichung dieses Zwecks betreibt der Verein ein Fitnessstudio.
- 729 Köhler in: Hefermehl / Köhler / Bornkamp, UWG, § 4 Rn. 11, 45. Segna, Rechtsformverfehlungen und Holdingkonstruktionen bei Idealvereinen – eine Nachlese des „Kolpingwerks“-Urteils, in Non Profit Yearbook 2008/2009, S. 39 ff.; Karsten Schmidt, Nachdenken über die Grenzen der UWG-Praxis unter Geltung der §§ 3, 4 UWG, in: Gedächtnisschrift für Walz, 2008, S. 677 ff., 681 ff.
- 730 <http://de.wikipedia.org/wiki/Verein>, unter Bezugnahme auf Stiftung für Zukunftsfragen – eine Initiative von British American Tobacco: Immer mehr Vereine – immer weniger Mitglieder: Das Vereinswesen in Deutschland verändert sich.
- 731 OFD Koblenz v. 23.01.2008 – S 0186a A-St 33 1.
- 732 Bayerisches Landesamt für Steuern v. 30.05.2012 – S 0171.2.1-107/4 St31, FMNR258130012, juris.
- 733 S. hierzu Hardy Fischer, Ausstieg aus dem Dritten Sektor: Juristische Probleme bei Beendigung der Gemeinnützigkeit, 2005; Binger, Ausstieg aus der Gemeinnützigkeit als Gestaltungsmöglichkeit für Krankenhausgesellschaften?, Das Krankenhaus 014, 846.
- 734 http://www.bagfw.de/uploads/media/2010_06_16_gemeinsame_Stellungnahme_BV
- 735 Verfügbar im Portal Deutsche Bank Research <http://www.dbresearch.de>.
- 736 Vgl. BFH v. 27.11.2013 – I R 17/12, DStR 2014, 944: Eine den Zweckbetrieb nach § 66 AO ausschließende Erwerbsorientierung ist dann gegeben, wenn damit

Gewinne angestrebt werden, die den konkreten Finanzierungsbedarf des jeweiligen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs übersteigen.

- 737 BVerfG v. 15.01.2008 – 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1.
- 738 Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn 4.
- 739 BGH v. 04.06.1986 – I ZR 29/85, NJW 1986, 3201, 3202 – Wettbewerbswidrigkeit einer vereinsrechtlich unzulässigen wirtschaftlichen Betätigung eines Idealvereins – Fernsehzuschauerforschung.
- 740 Ausführlich hierzu Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn. 6 ff.
- 741 S. auch BGH v. 29.09.1982 – I ZR 88/80, BGHZ 85, 84, 88 – ADAC-Verkehrsrechtsschutz; K. Schmidt, AcP 1982 (1982) 1, 13 f.; ders., Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht: eine Studie über Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit nichtwirtschaftlicher und wirtschaftlicher Vereine, 1984, S. 92 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 671.
- 742 Unter Bezugnahme auf das vorgenannte Urteil des BGH z.B. OLG Frankfurt v. 22.05.2006 – 20 W 542/05, NJW-RR 2006, 1698: Ein Verein, der als Treuhänder für eine Wohnungseigentümergeinschaft eine Wohnung erwerben und unterhalten sowie für einen Hausmeister zur Verfügung stellen oder – falls sie hierfür nicht benötigt wird – an Dritte vermieten soll, ist auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet. LG Lübeck v. 20.07.2008 – 7 T 297/08, Rpfleger 2009, 29 – Wasserversorgungsverein zur entgeltlichen Belieferung der Mitglieder als nicht eintragungsfähiger wirtschaftlicher Verein. KG Berlin v. 23.06.2014 – 12 W 66/12, Rpfleger 2014, 683.
- 743 Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn 6., 9 ff., dort insbesondere zu den Aspekten des Gläubiger- und des Mitgliederschutzes.
- 744 KG Berlin v. 26.10.2004 – 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339.
- 745 OLG Karlsruhe v. 30.08.2011 – 14 Wx 51/11, MDR 2012, 173 = Justiz 2012, 90.
- 746 KG Berlin v. 20.01.2011 – 25 W 35/10, DNotZ 2011, 634 = Rpfleger 2011, 445 Rn. 13 OLG Karlsruhe v. 30.08.2011 – 14 Wx 51/11, MDR 2012, 173 = Justiz 2012, 90.
- 747 K. Schmidt, Verbandszweck (Fn. 741), S. 150 ff.; Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn. 7, 27 ff. – Volltypus des unternehmerischen Vereins; Rn. 32 ff. – Verein mit unternehmerischer Tätigkeit an einem inneren Markt; Rn. 40 ff. „Vermögensverwaltungsverein“.
- 748 Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn. 7.
- 749 BVerwG v. 06.11.1997 – 1 C 18/95, BVerwGE 105, 313 = NJW 1998, 1166.
- 750 BGH v. 14.07.1966 – II ZB 2/66, BGHZ 45, 395; BGH v. 29.09.1982 – I TR 88/80 – BGHZ 85, 84 ADAC-Verkehrsrechtsschutz.
- 751 BGHZ v. 29.09.1982 – I TR 88/80, BGHZ 85, 84 – ADAC-Verkehrsrechtsschutz; BayObLG v. 06.04.1989 – BReg 3 Z 10/89, BayObLGZ 1989, 124 = DNotZ 1990, 103. Ausführlich Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn. 9 ff.

- 752 BGH v. 29.09.1982 – I ZR 88/80, NJW 1983, 569, 571 – ADAC-Verkehrsrechtsschutz; eingetragener Verein und wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb; Beuthien (Fn. 721), S. 452.
- 753 Otto in jurisPK-BGB, § 22 Rn. 29. Zu den – zumeist nicht hilfreichen – Beschreibungen des Verhältnisses von Haupt und Nebenzweck S. Beuthien (Fn. 721), S. 451 f.
- 754 KG Berlin v. 07.03.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195.
- 755 KG Berlin v. 18.01.2011 – 25 W 14/10, DNotZ 2011, 632 = ZStV 2012, 62.
- 756 KG Berlin v. 07.03.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195.
- 757 Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, / 21 Rn 7.
- 758 Otto, JurisPK-BGB Rn. 32, unter Bezugnahme auf Karsten Schmidt, NJW 1983, 543 ff., 546.
- 759 Kasten Schmidt, Verbandzweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984 S. 183 ff.; ders., AcP 182 (1982) S. 27 ff.
- 760 Karsten Schmidt (Fn. 759) S. 184 ff.
- 761 A.a.O. (Fn. 689), S. 452.
- 762 Karsten Schmidt (Fn. 759) S. 333.
- 763 Hemmerich, Möglichkeiten und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Idealvereinen – Vereinsinterne und vereinsexterne Organisation ihrer Geschäftsbetriebe, 1982, S. 101 ff., 104 ff.
- 764 A.a.O. (Fn. 689), S. 452.
- 765 Karsten Schmidt (Fn. 759) S. 194 ff.
- 766 Nach Reuter, ZHR 151 (1987), 237, 250 darf die Wirtschaftstätigkeit „nicht die Handlungskapazität des Vereins so sehr absorbieren, dass sie mit Vorrang vor dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck das Denken und Handeln der Vereinsmitglieder und -organe bestimmt“.
- 767 KG Berlin v. 07.03.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195.
- 768 OLG Frankfurt v. 28.10.2010 – 20 W 254/10 Sport und Recht 2011, 125 = EWiR 2011, 365. S hierzu Anm. Thomas Feiler, SpuRt 2011, 127; Paul Turner, EWiR 2011, 365.
- 769 OLG Karlsruhe v. 30.08.2011 – 14 Wx 51/11, MDR 2012, 173 = Justiz 2012, 90.
- 770 KG Berlin v. 07.03.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195.
- 771 KG Berlin v. 20.1.2011 – 25 W 35/10, DNotZ 2011, 634 = Rpfleger 2011, 445.
- 772 KG v. 18.01.2011 – 25 W 14/10, DNotZ 2011, 632 = ZStV 2012, 62.
- 773 OLG Hamm v. 06.09.2007 – 15 W 129/07, NJW-RR 2008, 350 – Anspruch eines Behindertensportvereins auf Eintragung in das Vereinsregister: Zur Erreichung seiner idealen Ziele darf der Verein auch unternehmerische Tätigkeiten entfalten, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. Nebenzweckprivileg, vgl. BGHZ 85,

84 = NJW 1983, 569). Denn der ideale Zweck der Tätigkeit, zu dem sich die Vereinsmitglieder mit der Vereinsgründung zusammenschließen, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das einzelne Vereinsmitglied sein ideales Bedürfnis wahlweise auch durch die Inanspruchnahme einer gewerblichen Dienstleistung befriedigen könnte.

- 774 OLG Frankfurt v. 28.10.2010 – 20 W 254/10, Sport und Recht 2011, 125 – Vereinsregisterlöschung: Wegfall der Gemeinnützigkeit bei Betrieb einer Kletterhalle durch einen Alpenverein. Die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde an den BGH ist offenbar nicht eingelegt worden.
- 775 Schleswig-Holsteinisches OLG v. 18.09.2012 – 2 W 152/11, ZVSt 2013, 142.
- 776 OLG Stuttgart v. 03.12.2014 – 8 W 447/14, juris; hierzu Fischer, jurisPR-SteuerR 20/2015 Anm. 1.
- 777 Karsten Schmidt, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 183 ff.
- 778 A.a.O. (Fn. 763) S. 101 ff., 104 ff.
- 779 H.-P. Westermann, Erman, BGB, § 21 Rn. 4.
- 780 Dieter Reuter, Das Verhältnis der Vereinsklassenabgrenzung zu den Grenzen wirtschaftlicher Betätigung nach Gemeinnützigkeitsrecht, NZG 2008, S. 881 ff.
- 781 Dieter Reuter (Fn. 780) S. 887.
- 782 Dieter Reuter (Fn. 780) S. 887.
- 783 S. hierzu OLG Köln v. 28.09.2009 – I-2 Wx 36/09, 2 Wx 36/09, Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit 2009, 275.
- 784 OLG Hamm v. 06.09.2007 – 15 W 129/07, NJW-RR 2008, 350 = NZG 2008, 473.
- 785 Schleswig-Holsteinisches OLG v. 06.08.2010 – 2 W 112/10, SchlHA 2011, 89.
- 786 Bezugnahme auf OLG Hamm v. 06.07.2007 – 15 W 129/07, NJW-RR 2008, 350 = NZG 2008, 473.
- 787 OLG Frankfurt v. 28.10.2010 – 20 W 254/10, Sport und Recht 2011, 125.
- 788 KG Berlin v. 18.01.2011 – 25 W 14/10, DNotZ 2011, 632 = ZStV 2012, 62.
- 789 KG Berlin v. 18.01.2011 – 25 W 14/10, DNotZ 2011, 632 = ZStV 2012, 62.
- 790 KG Berlin v. 20.1.2011 – 25 W 35/10, DNotZ 2011, 634 = Rpfleger 2011, 445.
- 791 OLG Karlsruhe v. 30.08.2011 – 14 Wx 51/11, MDR 2012, 173 = Justiz 2012, 90.
- 792 KG Berlin v. 07.03.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195.
- 793 Schleswig-Holsteinisches OLG v. 18.09.2012 – 2 W 152/11, ZVSt 2013, 142.
- 794 OLG Zweibrücken v. 03.09.2013 – 3 W 34/13, ZStV 2014, 214 = NZG 2014, 1349 = Sport und Recht 2015, 121.
- 795 Zitiert nach Landessportbund NRW, Der Sportverein als Betreiber eines Fitnessstudios - Beachtung vereins- und steuerrechtlicher Vorgaben, Nov. 2011, S. 12.

- 796 OLG Zweibrücken v. 03.09.2013 – 3 W 34/13, NotBZ 2014, 197. Nach seiner Satzung ist der Zweck des Vereins die sportliche Ertüchtigung seiner Mitglieder und die planmäßige Pflege und Förderung aller Arten von Leibesübungen. Zur Erreichung dieses Zwecks betreibt der Verein ein Fitnessstudio.
- 797 KG Berlin v. 23.06.2014 – 12 W 66/12, Rpfleger 2014, 683.
- 798 KG v. 26.10.2004 – 1 W 295/04, NZG 2005, 360 = Rpfleger 2005, 199 Rn. 3; KG Berlin v. 23.06.2014 – 12 W 66/12, Rpfleger 2014, 683.
- 799 Brandenburgisches OLG v. 08.07.2014 – 7 W 124/13, juris.
- 800 Brandenburgisches OLG v. 04.08.201 – 7 W 83/14, juris.
- 801 OLG Stuttgart v. 03.12.201 – 8 W 447/14, juris; Anm. P Fischer, jurisPR-SteuerR 20/2015 Anm. 1
- 802 Brandenburgisches OLG. v. 23.06.2015 – 7 W 23/15, NGZ 2015, 922 = MDR 2015, 092; abl. Anm. Dieter Reuter, npoR 2015, 200.
- 803 KG Berlin v. 16.02.2016 – 22 W 71/15, MDR 2016, 403.
- 804 Brandenburgisches OLG. v. 23.06.2015 – 7 W 23/15, NGZ 2015, 922 = MDR 2015, 092; abl. Anm. Dieter Reuter, npoR 2015, 200.
- 805 ZiviZ-Survey2012 S. 8.
- 806 ZiviZ-Survey2012 S. 12 f.
- 807 Deutscher Olympischer Sportbund (2012): Bestandserhebung 2012.
http://www.dosb.de/fileadmin/sharepoint/Materialien%20%7B82A97D74-2687-4A29-9C16-4232BAC7DC73%7D/Bestandserhebung_2012.pdf.
- 808 ZiviZ-Survey2012 Kapitel 7.
- 809 ZiviZ-Survey2012 S. 16.
- 810 ZiviZ-Survey2012 S. 21 ff.
- 811 ZiviZ-Survey2012, S. 21 und 41.
- 812 Zutreffend Beuthien (Fn. 721), S. 459: Die ideelle Vereinigungsfreiheit ist ein zur wirtschaftlichen Vereinsselbstfinanzierung berechtigendes *soziales Teilhaberecht*. Gerade vermögensarme und einkommensschwache Teile der Bevölkerung müssen die Möglichkeit haben, sich die erforderlichen Mittel für die Zweckverwirklichung selbst zu erwirtschaften. „Diese funktionale Zweckverknüpfung sorgt dafür, dass grundsätzlich nur so viele Nebeneinnahmen erwirtschaftet werden dürfen, wie zur bestmöglichen Erreichung und Sicherung des Hauptzwecks erforderlich ist.“ Beuthien verweist darauf, dass sich dies bereits aus den Gesetzesmaterialien ergibt. S. auch K. Schmidt, Sieben Leitsätze zum Verhältnis zwischen Vereinsrecht und Handelsrecht, ZGR 1975, 477; Hemmerich (Fn. 763), S. 79 ff.
- 813 Jana Priemer, Dr. Anael Labigne, Dr. Holger Krimmer, In Kooperation mit der Körber-Stiftung, Wie finanzieren sich zivilgesellschaftliche Organisationen in Deutschland? Eine Sonderauswertung des ZiviZ-Surveys
<http://www.ziviz.info/publikationen/publikationen-und-materialien/>.
- 814 Zur „Vereinigungsfreiheit als natürliche Freiheit und Gewährleistung

- privatautonomer Organisation s. Ute Mager, Einrichtungsgarantien, 2002, S. 461.
- 815 ZiviZ-Survey2012 – Zivilgesellschaft verstehen S. 50 ff.
- 816 ZiviZ-Survey2012 – Zivilgesellschaft verstehen S. 52 ff.
- 817 EU-Kommission Sportdienstleistungen,
http://ec.europa.eu/internal_market/top_layer/services/sport/index_de.htm.
- 818 Vgl. Mitteilung der Kommission „Entwicklung der europäischen Dimension des Sports“ v. 18.01.2011, KOM(2011) 12 endgültig, S. 3: Die Konsultationen mit den Mitgliedstaaten ergaben einen weitgehenden Konsens darüber, dass folgende Themen auf der EU-Sportagenda ganz oben stehen sollten: gesundheitsfördernde körperliche Betätigung, Kampf gegen Doping, allgemeine und berufliche Bildung, ehrenamtliche Tätigkeit und gemeinnützige Sportorganisationen, soziale Integration im und durch den Sport, darunter auch Sport für Menschen mit Behinderungen und Gleichstellung der Geschlechter im Sport, nachhaltige Finanzierung des Breitensports und Good Governance im Sport. (Hervorhebung nicht im Original).“ S. auch DFB, Europäische Sportpolitik – Themenüberblick zu aktuellen sportpolitischen Fragestellungen in der EU, 6. Aufl. 2013, zum Arbeitsplan des EU-Sportministerrats 2011 — 2014.
- 819 KOM(2011) 12 endgültig, S. 8 f.
- 820 <http://ec.europa.eu/sport/library/documents/f-studies/final-rpt-may2013-study-monitoring-function.pdf>.
- 821 Entschließung v. 21.05.2014 C 183/12, ABl EU 14.06.2014. Als „vorrangiges Schwerpunktthema“ soll behandelt werden „die wirtschaftliche Dimension des Sports, insbesondere die nachhaltige Finanzierung des Sports, der bleibende Nutzen von Sportgroßveranstaltungen, die wirtschaftliche Bedeutung des Sports und Innovation“.
- 822 (2014/C 436/02), ABl. EU C 436/2.
- 823 BT-Drucks. 16/11217.
- 824 BT-Drucks. 16/13058 (Beschlussempfehlung und Bericht).
- 825 BT-PIPr 16/193, S. 20777C – 20791B; BT-PIPr 16/230, S. 25639D – 25658C.
- 826 BGH v. 29.09.1982 – I TR 88/80, BGHZ 85, 84 – ADAC-Verkehrsrechtsschutz.
- 827 Bezugnahme auf BVerwG v. 24.07.1979 – I C 8.74, BVerwGE 58, 26 = NJW 1979, 2261.
- 828 BGH v. 14.07.1966 – II ZB 2/66, BGHZ 45, 395 – Taxizentrale.
- 829 COM(2014) 212 final.
- 830 BT-Drucks. 16/6140 S. 25 und S. 26.
- 831 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) BT-Drucks. 16/9737 S. 55.
- 832 Statt vieler Tim Drygala, Stammkapital heute – Zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen, ZGR 2006, 587; Eidenmüller, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168.

- 833 Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn. 11 f.
- 834 Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 Rn. 13 ff.
- 835 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), 16/12407 S. 84.
- 836 Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) BT-Drucks. 16/10067 S. 46.
- 837 A.a.O. (Fn. 804) S. 47.
- 838 S. aber Krimmer / Weitemeyer, Transparenz im Dritten Sektor, 2014: Vereine werden von der noch h.M. nicht als Kaufleute eingestuft; selbst wenn sie es wären, gäbe es anders als bei Kapitalgesellschaften keine Verpflichtung zur Publizität (§ 325 HGB).
- 839 Dieter Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, vor § 21 BGB Rn. 49, unter Bezugnahme auf K. Schmidt, Verbandszweck S. 194 ff., 236 ff.
- 840 Z.B. BayObLG v. 17.04.1978 – BReg 2 Z 38/77 87, BayObLGZ 1978, 87.
- 841 KG Berlin v. 17.07.1992 – 1 W 6555/90, NJW-RR 1993, 187; hierzu Karsten Schmidt, NJW 1993, 1225.
- 842 Schleswig-Holsteinisches OLG v. 13.11.1989 – 2 W 62/89, Der Rechtspfleger 1990, 303, unter Bezugnahme auf das BayObLG: Nach FGG §§ 149, 142 ist das Registergericht zur Vornahme einer Löschung nur berechtigt („kann das Registergericht . . . löschen“), aber nicht ohne weiteres verpflichtet.
- 843 OLG Hamm v. 04.08.1992 – 15 202/92, OLGZ 1993, 24.
- 844 S. auch Segna, Rechtsformverfehlungen und Holdingkonstruktionen bei Idealvereinen – eine Nachlese des „Kolpingwerks“-Urteils, in Non Profit Yearbook 2008/2009, S. 39 ff. 44 ff., insbesondere zur Verwaltungspraxis zu § 43 Abs. 2 BGB.
- 845 Grundlegend BayObLG v. 17.04.1978 – BReg 2 Z 38/77, BayObLGZ 1978, 87 = Rpfleger 1978, 249.
- 846 BT-Drucks. 13/367 S. 13.
- 847 BT-Drucks. 13/367 S. 29
- 848 BT-Drucks. 13/10038.
- 849 BT-Drucks. 13/10038D S. 24.
- 850 Z.B. Reuter, Die Reform des Vereinsrechts, NZG 2005, 738; Beuthien, Künftig alles klar beim nichteingetragenen Verein?, NZG 2005, 493; Hadding, Zu einer geplanten Änderung des Vereinsrechts, ZGR 2006, 137 ff.; Heermann, Die geplante Reform des deutschen Vereinsrechts, ZHR 170 (2006) S. 247.
- 851 S. hierzu Fischer, Auslegungsziele und Verfassung – Zur Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Anwendung des Gesetzes in: Die Steuerrechtsordnung in der Diskussion – Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Geburtstag 1995, 187.

- 852 Birgit Weitemeyer, Innovative Formen der Philanthropie – Ein Problemaufriss zu den Grenzen des geltenden Gemeinnützigkeitsrechts, Non Profit Year Book 2011/2012, S. 91 ff., 100., mit Bezugnahme auf Segna, Rechtsformverfehlungen und Holdingkonstruktionen bei Idealvereinen – eine Nachlese des „Kolpingwerks“-Urteils, in Non Profit Yearbook 2008/2009, S. 39 ff.
- 853 H.-P. Westermann in Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 21 Rn. 5.
- 854 Erning, Johannes, Professioneller Fußball in Deutschland, 2000, S. 195.
- 855 Erning (Fn. 822), S. 195, unter Bezugnahme auf Flory, Marcus, Der Fall Bosmann: Revolution im Fußball, 1997, S. 32.
- 856 Heckelmann, Der Idealverein als Unternehmer? – Ein Beitrag zur Abgrenzung des Wirtschaftlichen vom Idealverein, dargestellt am Beispiel der Fußballbundesligen - AcP 179 (1979) S. 1, 51 f.
- 857 Kebekus, Alternativen zur Rechtsform des Idealvereins im bundesdeutschen Lizenzfußball, 1991, S. 51.
- 858 K. Schmidt, Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit, AcP 182 (1982), 1, 4.
- 859 <http://www.bpb.de/gesellschaft/sport/bundesliga/160779/geschichte-der-bundesliga?p=all>.
- 860 Z.B. steht in der Enzyklopädie Wikipedia: „Der FC Bayern München gliedert sich in die FC Bayern München AG und den FC Bayern München e. V. Auf einer außerordentlichen Mitgliederversammlung des Vereins am 14.02.2002 wurde die Ausgliederung der Fußballprofiabteilung in die FC Bayern München AG beschlossen. Zum eingetragenen Verein gehören folgende Sportabteilungen: Basketball (Männer: Basketball-Bundesliga), Handball, Schach (Männer: Bundesliga, Frauen: 2. Bundesliga), Sportkegeln, Tischtennis und Turnen.“
- 861 K. Schmidt, NJW 1993, 1225, 1226. S. auch Raupach Arndt / Böckstiegel Martin, „Umwandlungen“ bei der Rechtsformwahl gemeinnütziger Organisationen, in: Festschrift für Siegfried Widmann, 2000, S.459 ff.
- 862 BGH v. 19.03.2013 – VI ZR 56/12, NJW-RR 2013, 675; BGH v. 16.02.2001 - V ZR 422/99, NJW-RR 2001, 1208, 1209; BGH v. 09.04.201 – XII ZB 526/12, NJW 2014, 387 mit weiteren Nachweisen.
- 863 S. hierzu Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, 1995; Peter Noll, Gesetzgebungslehre, 1973. Karpen, Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland, ZG 1 (1986), S. 5 ff.; ders., Gesetzgebungslehre – neu evaluiert/Logistics – freshly evaluated (2006).
- 864 Ausführlich hierzu Beuthien (Fn. 721), S. 454 ff.
- 865 Stellungnahme des Bundesrats BT-Drucks. 16/12813, S. 19 Anlage 3.
- 866 Ausführlich Timo Lutz, Formwechsel eines eingetragenen Vereins in eine GmbH, BWNotZ 2013, 106.
- 867 Ausführlich Karsten Schmidt, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im

Vereinsrecht, 1984, S. 241 ff.

- 868 VGH Baden-Württemberg v. 02.08.1995 – 1 S 438/94, NJW 1996, 3358.
- 869 Grundlegend BayObLG v. 17.04.1978 – BReg 2 Z 38/77, BayObLGZ 1978, 87 = Rpfleger 1978, 249.
- 870 OLG Hamm v. 25.09.1978 – 15 W 297/78; v. 10.10.1980 – 15 W 131/80, Rpfleger 1981, 66: „Die Löschung ist daher regelmäßig nur veranlasst, wenn das Fortbestehen der Eintragung Schädigungen Berechtigter zur Folge hätte oder dem öffentlichen Interesse an der Vollständigkeit und der Richtigkeit des Vereinsregisters widerspräche.“
- 871 OLG Celle v. 05.05.1995 – 20 W 4/95, NJW-RR 1996, 1502: „Es ist jedoch nicht zu beanstanden, wenn das Registergericht die Amtslöschung der Eintragung eines Vereins anordnet, dessen Zweck *nach der Satzung* auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist“ (Hervorhebung nicht im Original). S. ferner OLG Celle v. 04.06.2014 – 9 W 80/14, GmbHR 2014, 1047, zur Ermessensausübung bei der Amtslöschung der irrtümlichen Eintragung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages beim herrschenden Unternehmen des GmbH-Konzerns.
- 872 BVerwG v. 06.11.1997 – 1 C 18/95, BVerwGE 105, 313.
- 873 VGH München v. 05.11.1986 – 5 B 85 A.2088, NJW-RR 1987, 830.
- 874 OLG Düsseldorf v. 10.02.2010 – I-3 Wx 11/10, 3 Wx 11/10, NZG 2010, 395.
- 875 Grundlegend BayObLG v. 17.04.1978 – BReg 2 Z 38/77, BayObLGZ 1978, 87 = Rpfleger 1978, 249.
- 876 OLG Frankfurt v. 28.10.2010 – 20 W 254/10, Sport und Recht 2011, 125 = EWiR 2011, 365, Anm. Thomas Feiler, SpuRt 2011, 127; Paul Terner, EWiR 2011, 365.
- 877 Bezirksgericht Chemnitz v. 05.11.1992 – 54 I 404/92, Rpfleger 1993, 162 – „Amtslöschung eines Garagenvereins“.
- 878 BVerfG v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290.
- 879 BVerfG v. 09.01.1999 – 1 BvR 397/87, BVerfGE 84, 372; ebenso BVerfG v. 19.12.2001 – 1 BvR 1759/91, NJW 2001, 2617.
- 880 Jarras in Jarras/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 9 Rn. 1, 13.
- 881 Höfling in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Auf. 2001 Art. 9 Rn. 30, unter Bezugnahme auf Merten, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 165 Rn. 15, mit der Bemerkung, dieser wolle „– traditionellem Verständnis von Einrichtungsgarantien verpflichtet – insoweit nur eine objektiv-rechtliche Funktion anerkennen“.
- 882 Vgl. BVerfG v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 354 f.
- 883 Jarras, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 28, unter Bezugnahme Ruffert, CR Art. 12 Rn. 11.

- 884 Bernsdorff in J. Meyer(Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Art. 12 Rn. 20, unter Bezugnahme auf Frowein, in: Frowein/Peukert, S. 412
- 885 EGMR v. 10.07.1998 Nr. 26695/95 Sidiropoulos u.a. ./ . Griechenland; requête no 26695/95.
- 886 EGMR v. 17.02.2004 Nr. 44158/98 Gorzelek u.a. ./ . Polen.
- 887 EGMR v. 01.10.2006 Nr. 72881/01 Rn. 71.
- 888 EGMR v. 31.07.2008 – 40825/98, juris.
- 889 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802ec26d>.
- 890 <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007a698.Art>. 2 Abs. 1 des Übereinkommens lautet: „Die Rechtspersönlichkeit und die Rechtsfähigkeit einer NGO, wie sie in der Vertragspartei erworben wurden, in der sie ihren satzungsgemäßen Sitz hat, werden in den anderen Vertragsparteien von Rechts wegen anerkannt.“
- 891 Die praktische Relevanz des rechtlichen Status einer NRO leuchtet unmittelbar ein. Unter Nr. 30 des Erläuternden Memorandums heißt es: „Die Übertragung einer Rechtspersönlichkeit auf eine NRO muss nicht notwendigerweise mit der Gewährung einer größeren Befugnis einhergehen als jener anderer Rechtspersönlichkeiten. Die wichtigsten Befugnisse für ihre Tätigkeit sind wahrscheinlich jene, die ihnen inhärent sind, namentlich die Fähigkeit, zur Durchführung ihrer Ziele Verträge abzuschließen, Zahlungen für bezogene Waren und Dienstleistungen vorzunehmen, insbesondere mittels Bankkonten, und die Möglichkeit Eigentum zu besitzen.“
- 892 Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 34.
- 893 Hierzu OLG Schleswig-Holstein v. 06.08.2010 – 2 W 112/10, FGPrax 2011, 34.
- 894 Marcus Helios, Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, 2009, 9 Rn. 16 ff.; Volker Beuthien, Die Europäische Genossenschaft als gesellschaftsrechtliche Herausforderung, ZfgG 57 (2007), 3; Michael Hippel / Frank Matheis, Gemeinnützigkeit der eingetragenen (Ideal)Genossenschaft – eine Bestandsaufnahme, ZfgG 59 (2009), 234; Reiner Schulze / Matthias H. Wiese, Attraktivität des Rechtsrahmens der eG in Deutschland, ZfgG 59, 134 (2009), 151; Nils Krause / Esther Kindler, Brauchen wir neue Rechtsformen für NPO's: UG, Low Profit Limited, Europäische Privatgesellschaft, wirtschaftlicher Verein oder kleine Genossenschaft, Non Profit Law Yearbook 2010/2011, 85.
- 895 ZiviZ-Survey 2012 – Zivilgesellschaft verstehen, S. 40 ff.
- 896 Bösche, Wirtschaftliche Vereine als kleine Genossenschaften, npoR 2011, 82.
- 897 S. im Einzelnen Ellenberger in Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, Vor § 21 Rn. 14.
- 898 BGH v. 28.04.2011 – V ZB 194/10, BGHZ 189, 274.
- 899 KG Berlin v. 06.01.2015 – 1 W 250 – 252/14, 1 W 250/14, 1 W 251/14, 1 W 252/14, ZIP 2015, 168.

- 900 Ebenso Beuthin (Fn. 689), S. 449, 450.
- 901 Reuter in Münchener Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 §54 Rn. 1, 5.
- 902 S. auch Weitemeyer (Fn. 820) S. 102 f.
- 903 Weitemeyer (Fn. 820) S. 108 ff.
- 904 BFH v. 25.08.2010 – I R 97/09, BFH/NV 2010, 312.
- 905 S. auch Kienbaum, Endbericht – Potentiale und Hemmnisse von unternehmerischen Aktivitäten in der Rechtsform der Genossenschaft – Studien im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (25.03.2015) S. 45 ff.: Synoptischer Vergleich von Rechtsformen für Mehr-Personen-Gründungen.
- 906 Die Novelle des GenG 2006 hat den zulässigen Förderzweck der eingetragenen Genossenschaft durch Erweiterung des § 1 Abs. 1 GenG auf die Förderung der sozialen und kulturellen Belange der Mitglieder erweitert.
- 907 Beuthien, Die Genossenschaftsidee im Spiegelbild von Rechtsform, Unternehmen und Gesellschaft – Wie geht es weiter?, AG 2012, S. 872.
- 908 Volker Beuthien (Fn.875), S. 867.
- 909 S. aber Bartke, Befreiung der Genossenschaften von Überfürsorge des Gesetzgebers – Kleine Genossenschaften brauchen weder Gründungs- noch sonstige Pflichten, ZRP 2015, 110.
- 910 BT-Drucks. 17/10654 v. 11.09.2012. S. auch BT-Drucks. 17/13046.
- 911 S. hierzu Reinmar Wolff, Ein passendes Rechtskleid für kleinkooperative Vereinigungen? – Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Kooperationsgesellschaft, Non Profit Law Yearbook 2013/2014, 19. S. ferner Bösche, Wirtschaftliche Vereine als kleine Genossenschaften, in: Brumbach/Bösche, Wirtschaftliche Vereine, 2010, S. 40 ff. Ausführlich zur „Kleinen oder Mini-Genossenschaft“ Weitemeyer (Fn. 97) S. 101 f.
- 912 Die Mitgliedschaft in einem Prüfungsverband verursachen Kosten einer Gründungsprüfung je nach Komplexität in Höhe von 500 bis 5000 Euro, jährliche Kosten in Höhe von rund 100 bis 500 Euro. Laufende Prüfungen müssen je nach Größe der Genossenschaft alle ein oder zwei Jahre durchgeführt werden.
- 913 BT-Drucks. 17/10654: „Es kommt vielmehr auf den konkreten Einzelfall an, ob dies von der jeweils betroffenen Genossenschaft als Problem empfunden wird. Für ein Unternehmen, das ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung hat und auch in einer anderen Rechtsform professionelle Beratung in Anspruch nehmen und freiwillig Prüfungen durchführen lassen würde, zum Beispiel zum Bonitätsnachweis bei kreditgewährenden Banken, dürfte die Kostenbelastung weniger ein Problem darstellen als für eine Selbsthilfeeinrichtung mit sehr eingeschränkten finanziellen Mitteln, die für sich auch eine andere Rechtsform in Betracht ziehen könnte, in der sie keine Prüfungskosten hätte.“
- 914 S. nur Burchard Bösche, Wirtschaftliche Vereine als kleine Genossenschaften, npoR 2011, 82.

- ⁹¹⁵ BT-Drucks. 18/1378 S. 34 f. – Schriftliche Fragen mit den in der Woche vom 05.05.2014 eingegangenen Antworten der Bundesregierung.
- ⁹¹⁶ BT-Drucks. 17/9976 (neu) – „Genossenschaftsgründungen erleichtern, Wohnungsgenossenschaften stärken, bewährtes Prüfsystem erhalten“.
- ⁹¹⁷ BT-Drucks. 17/14037 v. 17.06.2013.
- ⁹¹⁸ Plenarprotokoll 17/250, Deutscher Bundestag Stenografischer Bericht, 250. Sitzung Donnerstag, den 27.06.2013 S. 32232.
- ⁹¹⁹ Ehrenamtsstärkungsgesetz v. 21.03.2013 (BGBl. I S. 556).
- ⁹²⁰ Entwurf v. 26.11.2012 BT-Drucks. 17/11632.
- ⁹²¹ BT-Drucks. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses S. 22 f.
- ⁹²² Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 05.12.2012.
- ⁹²³ Gemeinsamer Bericht 2015 des Rates und der Kommission über die Umsetzung des Rahmens für die jugendpolitische Zusammenarbeit in Europa (2010 – 2108), 2015/C 417/03, ABl. EU. V. 15.12.2015 C 417/17.